民國叢書

第二編

·30·

政治·法律·軍事類

民法總則

胡元義 著

民法債編各論

戴修瓚 著

上海書店

民法總則

胡元義著

例言

一、著者先後執教鞭於各國立大學者近二十年。本書係將歷年講義增補而成。

二、本書係就我國現行民法爲學理的研究，以資各大學學生及法界同人之參考。

三、前大理院及現今最高法院判例，讀者自可隨時翻閱。本書概未引用。

四、社會的經濟組織，乃民法之基礎。故解釋現行民法時，不可過於株守以往成例。

五、本書括弧內所引用條文，稱某條者，係指我國民法，稱德民者，指

德國民法，稱法民者，指法國民法，稱瑞民者，指瑞士民法，稱瑞債者，指瑞士債務法，稱意民者，指意大利民法，稱奧民者，指奧大利民法稱日民者，指日本民法而言。

六、本書研究容有未盡之處。望海內明哲之士，垂教爲幸。

民法總則目錄

本論……六九

民法總則

總論

第一章 法律之觀念

法律者，人類共同生活之準則也。蓋人類既須營共同生活，則不能不有生存競爭。苟無規律其相互關係，與制限各人之準則，各人每急於圖一己之利益，致妨害他人之生存。其爭鬭不知伊於胡底。結局人類共同生活之和平及發達，將不能完成。於是於吾人相互之間，以法律定一不可侵之界限。而維持其相互之結合。俾各人得保障其生存之安全。因以促社會之發達。故法律者，乃保持社會生活之秩序，並促其發達，所必要之各人行為之準則也。

人類行為之準則，不僅限於法律。道德及宗教，亦足以羈束人類之心術及行為，而定其相互遵守之本分。然法律與道德之關係及其差異若何？須視其具備強制力與否以為斷。蓋在古代，道德與法律之界限未分。僅有維持其種族之結合所必要之習慣。而此野蠻時代之習慣，即為促成道德與法律分離之原因。依進化之作用，遂使兩者分離。迨時代稍進。同族相親之感情，益形發達。於是道德之基礎以立。然當時之族長，有時為統御其所屬之子女計，強

行種種規則。此類規則，即法律之起源也。追種族繁殖，彼此之生存競爭，日加劇烈。爲謀自己之生存，勢不能不與他部落相結合。於是人類共同生活之範圍，益形膨脹。僅以道德，實不能維持其相互之結合。於是法律與道德，遂行分離矣。至於法律與道德未判然分離之原狀，參考自羅馬以來之法律學者之定義，自可明瞭。縱在近世。尙可於未開化國中，尋其痕跡。總之。法律乃國家的共同生活現象之一，與強制力之觀念，不可分離者也。

夫法律既由人類生活之必要上，依強制力而成立。故一般皆具有外形上之制裁。反之。道德則無此等強制力。其認識遵守，一在諸當事人之良心。是道德乃主觀的準則。而法律乃客觀的準則也。故違反道德者，並無所謂外形上之制裁，以上所述。固爲法律與道德之差異。而法律與宗教之差異，亦然。

此見解苟非誤謬，則法律之特質，通常皆具有強制力與外形之制裁：然反對此說者，亦頗不少。實際上法律之制裁，往往有名無實。又全無制裁者亦有之。尤其在道德與宗教未分離之古代法律，最爲顯著。縱在今日，無強行制裁之法規，尙有一定之效力。每爲立法者所重視。吾輩之意，亦非以無強制力之法規爲非法律。不過以此強制力之有無，爲區別法律與道德宗教之唯一標準而已。此強制力，乃法律最顯著的特質之一，則毫無疑義者也。

如上所述。法律與道德之淵源及效力，既有不同。則其相互之領域，亦自有差異。然其最終之目的，實殊途而同歸也。蓋無論道德與法律，其結局之目的，無非欲謀社會生活之發

達與完美。如宗教因以信念爲基礎，而不能適於一般人類。但道德乃普通一般人類所遵守之原則。道德未發達之社會，乃野蠻之社會。在此野蠻社會中，法律亦不充分發達。故兩者乃彼此互相輔翼，而達其共同之目的者也。

至法律之基本觀念若何？古來學說，殊不一致。在往昔法律與宗教關係密切之時代，則以法律爲神意之表彰。迨時世漸進。此說已不能貫澈。於是以哲學上之觀念，而說明法律之本質者生焉。其中最有勢力者。爲自然法說。此說之斷定，純基於理想。故其論旨不一。或以絕對的正義爲標準。或以人類的理性爲根據。諸說紛紛，莫能一定。總之。此派以爲宇宙間原有一種惟理性所能認識之絕對的（即不因時間與地域而變更之）完全的法則。而要求以此爲立法之標準。故此派之學者，以法律爲道德之一部。而補充外界力所不及者。此等理性派之學者，雖不能闡明絕對法則之爲何物。但其主義，在十七八世紀，亦曾風靡一時。而前世紀所編纂歐洲諸國之法典，亦多宗之。此學說將羅馬法以來之龐雜之繼受法，變爲有系統的組織。其功績之偉大，固不可湮沒。然畢竟不過一種主觀的理想而已。總之。自然法之觀念，雖區區不一。但終不免持獨斷之見解，而定先天的法典。不能認爲學理的研究之結果也。

自然法學派雖久占勢力於法學界。迨十八世紀之末葉，又有與此對峙之一大學派崛起。即所謂歷史法學派是也。此學派倡自法國悠哥 Hugo 。迨前世紀初，沙菲尼 Savigny 之名論

出，乃翕然風靡學界。而於法學之研究上別開生面。茲將其論旨約言之。法律者，乃表現國民總意之歷史的產物，非以立法者之主觀的理想所能創造者也。不過其意思之直接表現者，爲成文法。而間接表現者，爲習慣法耳。故研究法律者，須溯其歷史的淵源，方能達研究之目的。所謂法律之基礎，存於歷史，非理想所能構成。此一時靡行於德國之總意主義之學說也。（Savigny 羅馬法原論一卷十四頁 Dernburg—Pandekten 十九節）。

此派之學說，雖足以擊破先天主義之議論。然其說明法律之本質，則尙未中肯綮。蓋由外形上觀察法律，決不能謂爲國民總意之表現。而法律之實質，亦不能與其目的分離。由此方面觀察之。則歷史派之議論，不能贊同。蓋法律之目的，在維持社會生活而謀其健全之發達。爲達此目的，則依國情及民智之程度若何？其所採方法，不能不有差異。且往往有制定與國民習慣相反之法律之必要。若從總意說，則此等成文法之大部分，將不能謂爲法律矣。總之，法律不僅表現傳來之社會狀況。有時爲應社會之需要，且須制定施設經營之法制。歷史派之理論，實與法律之實際不符。綜上所述，茲爲法律之定義如次。法律者，以社會力尤其以公權力而強行之人類社會生活之準則也。分述如左。

（1）法律者，人類生活之準則也。　亦即人類行爲之準則也。換言之。在同一事情之下，要求爲同一行爲。又在同一事情之下，所爲之同一行爲，常生同一之效果。故對於個個具體的事件所爲之處分，縱有法律之形式，亦不能謂爲法律。而所謂準則，非狹義的，乃廣義

的。蓋人類行為之準則，不僅限於命令及禁止也。法律之大部分，雖可謂為命令及禁止。但不必盡然。例如保障信教自由之規定，因先占無主物而取得所有權之規定，其裏面固含有對第三人之命令或禁止。而由正面觀察之。所謂命令及禁止，並非該法規之主要目的也。又債權法及物權法之起因；雖為對他人行為之命令或禁止。但在今日，其主要目的，在保障權利者得為一定行為，且附一定效果於該行為而已。換言之。法律不必皆為強要(Sollen)之規定。而亦有容許得為某行為，及因某行為而使發生某效果為內容之可能(Durfen oder Können)之規定也。蓋人類之行為，並非皆為依命令之作為及依禁止之不作為。而隨意之作為不作為，實占其大部分。而保護此隨意之行為或結果，亦往往為社會生活所必要。雖不必如某學者所云「凡所許容者皆為命令」。但依特別威力之容許，與命令禁止有同等價值，故亦可為法律之內容也。

(2)法律者，社會生活之準則。且一般具有強行力者也。　即凡為社會生活之準則者，不能皆為法律。其中有強行力者，方為法律也。強行力者，以外部之力，而強要個人之遵守。若有不遵守者，即加以制裁，而糾正其不遵守之結果。或該個人為該規定所容許之行為時，即使實現其所預期之結果。所謂強制力，(Coercion, Zwang, Constraint,)蓋即指此強行力而言也。普通社會的準則，大都有社會的強制力。而道德的準則，亦有具此強制力者。若此強制力之發生，由於社會的中心力時，則該準則，即為法律。然社會生活之準則中，有不適

於強行者。又有無須乎強行者。故社會生活之準則，不能皆爲法律也。

(3)法律者，以社會力尤其公權力而強行之社會生活之準則也。　社會者，乃因有機力之結合，而生之繼續的共同生活之狀態也。而社會則因其各構成員之有機力之結合，而生一種社會力。有此社會力者，即可稱爲統一之社會。

此社會力漸漸成爲社會之中心力時，乃社會發達之徵候。其社會發達至某程度，其社會力一旦鞏固，則該社會即稱爲國家。該社會力即稱爲公權力。所謂道德的準則，及其他社會生活之諸準則，皆爲社會生活之產物。且依社會力而維持發達者。社會力一旦認某準則爲社會生活所必要，而強行時。則該準則，與其他未經強行之準則不同，有特殊之性質及效力。此準則，即法律也，迨社會成爲國家。其社會力即成爲公權力。所謂強行之準則，不過以法律爲最顯著最完全。而未成爲國家之原始社會，亦得有法律之存在。又既認國際社會之成立，則國際法亦法律也。國家強行法律時，各都有具體的強制手段。如刑罰，民事上之強制執行，行政上之強制執行等是。論者或以此等具體的強制方法之存否，爲法律與非法律區別之標準。但法律之規定中，無此項具體的強制者，亦復不少。如國家根本法之憲法，尤爲顯著。然亦不能不謂爲法也。蓋強制者，並非須具備具體的強制手段之意。乃以社會及國家之實力，而結局担保準則之遵守也。既有此結局的担保，則縱無具體的強制手段，亦無礙其爲法律。故憲法有最大之強制力。而國際法亦不失爲有強行力之共同生活之準則也。

（4）此定義之實徵，在能使道德與法律之關係及其區別，截然明瞭。蓋道德與法律，並非彼此對立而互異其內容之別種準則。而道德的準則，一經強行，即可成爲法律。不過道德的準則中，有不必強行者，又有不能強行者。故道德的準則全部不能盡爲法律。其他之準則。如儀式的準則，風俗的準則，技術的準則等，若有以爲社會的生活之準則而強行之必要，且有強行之可能者，方能成爲法律。換言之。有謂法律乃道德之實現者，不過含一面之真理，法律並非實現道德之全部。又道德之實現，亦非法律之全部也。法律之目的在強行有強行之必要，且可得而強行之社會生活之準則。而其所強行之準則之重要部分，依道德的準則之一部而已。

以上所述之道德與法律之關係及區別，亦足防止道德法律合一論及道德法律分離論之弊。蓋道德法律合一論之弊，乃偏於法律萬能之主義。欲將所有道德上之要求，盡成法律化。而道德法律分離論，則陷於別種意義之法律萬能主義。以未違背法律，即爲已盡能事。然依道德法律關係論而言。所謂法律上之善惡，畢竟爲道德上之善惡之一部。爲善不足。爲惡無窮。僅以法律上之善，（善之一部）殊難謂爲盡善。然法律上之惡，大抵即道德上之所謂惡也。如時效制度，在道德法律合一論，固不能是認。而在道德法律分離論，或將視因時效而取得權利免除義務爲當然。然以道德法律關係論論之。一面知時效制度之精神。而他面亦可了解所謂道德上之義務，並不能因時效而解除也。

（5）有主張惡法亦法者。若以惡法亦不失爲法。則法之不遵守，反可爲道德上之善矣。此種觀念，殊不足採。蓋法之所以爲法。其必要前提，在其內容。並不在依公權力而強行之形式。故法之內容，苟與社會生活之要求相背馳，則該法不過形式上之法律。非實質上之法律也。而他面所謂法之安定，亦爲社會生活之重大要求。若某種社會生活之準則，尚未客觀的確定時，則以公權力認定之，強行之，固不失爲法律之一效用。若法律之內容，不能客觀的斷定其是否違反社會生活，則仍不能斷定該法律爲惡法也。

以上所述之定義，有以之與「法律者主權者之命令也」之定義相混同或同視者。此命令說（The imperative theory）最盛行於往昔。經英國分析法學派 Austin 氏之提倡，其基礎始固。綜合此一派之觀念，則法律可定義如次。（Austin, Prouince of Jurisprudence Determined, 1834; Markby, Elements of Law, 1871; Amos, Science of Law, 1874;）。

「法律者，在獨立社會，乃政治的優者，對於政法的劣者，所表示其行爲之希望。而對於違反者，加以惡報之趣旨也」。

其所謂政治的優者即主權者。（Sovereign）希望之表示，即命令（Command）。惡報即制裁（Sanction）之意。法律者，不僅主權者藉制裁而強行之規則。且爲其所制定之命令也。然此種命令說，不免有左之非難。

1. 命令說偏於形式，不能明示法律之實質。

2.視習慣爲命令，殊爲不當。

3.以法律爲主權者之命令，與歷史上之事實不符。

4.若以法律爲主權者之命令，則不能說明主權者之何以應服從法律。

5.若以命令爲法律，則國際法不能謂爲法律。

6.命令說雖適於說明義務本位之法律。然不能說明權利本位之法律。

命令說既有若是之非難。故英國分析派之法律本質論，近時多少已加以改良。有以「主權者強行（enforce）之法則」代「主權者制定（enact）之法則」者。於是更以「主權者（Sovereign）強行」代「裁判所（Courts）強行者。」然終不免有上述之非難也。吾人在前述之定義中，亦曾謂法律爲強行之準則。此點雖採近世分析派之觀念。但其所強行之準則，乃社會生活之準則。而其強行作用之原動力，必爲社會力。此則與新舊分析派之定義大異其趣。故對於命令說之各種非難，不能加諸吾人之定義也。（穗積氏法理學大綱一四四頁）

法律並非自然法則。故非永久不變。須因時與地而變化者，原屬當然。其變化之最大者，如社會之準則，有能成爲法律者。有不能成爲法律者。蓋使社會之個人，得其所應得，與其所應與者，乃法律之目的。而法律家所稱爲正義者也。故法律爲正義之執行（Administration of Justice）。然正義之執行，亦非僅限於法律。凡正義之執行之原動力有三。(1)宗教。(2)道德的與論。(3)國權。 而以國權爲正義之執行時，亦非全恃法律。所謂臨機之

處分及裁決，亦得爲正義之執行。法官雖爲最鮮明之執行正義機關。然在未有法律以前，即有法官之存在。故法官之任務，不必盡依法律而爲正義之執行。而法律反爲限制法官之自由裁判而發達者也。換言之。正義之執行，有用法律者（Justice according to law），有不用法律者（Justice without law）。蓋法律既有利弊，而一切之正義之執行，亦不必皆恃諸法律也。（Justice Without law）。蓋法律既有利弊，而一切之正義之執行，亦不必皆恃諸法律也。（Found, outline of lectures on Jurisprudence 1914）。

法律之利益

(1)法律得使人預知執行正義之徑路。

(2)法律足以預防個人的判斷之誤謬。

(3)法律能妨遏執行正義者之不正的企圖。

(4)法律對於執行正義人，能指示其社會之確定的倫理觀念之標準。

(5)法律有予執行正義人以先人之全經驗之利益。

(6)法律足以妨止社會的及個人的最大利益，供無甚價值之利益之犧牲。

法律之弊害

(1)法律對於事件及人，祇能爲一般的概括的規定。往往不顧個性。且其適用，不免多少專斷。

(2)因法律學及法律組織之發達。與其謂爲以法律爲手段。毋寧有以之爲目的之傾向。

(3)由法律更生法律。於是已發達之法律組織，每於其規定不可適用之處，更設規定。而有侵入不能以法律執行正義之正當區域之傾向。

(4)法律既爲表示確定的倫理觀念。則在過渡時代，往往不能與現在進步之思想相適合。常多少含有不適合於現在需要及正義觀念之成分。

第二章　法律之學術及法學

法律之研究，即普通一般所稱爲法律學或法學者，果爲科學（Sience）乎？抑爲技術（Art）乎？從來議論不一。所謂科學者，就多數現象中，而研究其普通原素，即闡明其共通存在之原因之謂也。反之。技術者，就某事之成功，而研究其最適當之方法也。此二者爲吾人於研究各種科目時所常用。彼此互有密切之關係，而爲人生各種需要中所不可缺者也。

法律研究之目的有二。就一般或特種之法律現象，而求其通素者，屬於純然之法學。解釋一國之法律，而求適用於裁判及其他實務者，爲法術。法術之目的。非依法學所究明之原理，不能完成。故法學本也。法術末也。於法律諸科目中而究明其原理者，稱爲法律學或法律哲學。如法制史亦屬之。而民法商法及其他多數科目，則大都包含學與術之二者。然此殊與研究之目的及方法有關。故因人而異。如僅將現行法逐條解釋者，殆無科學之價值也。要之依法律科目之種類，實不易劃分學與術之區別。

法學乃法術之基本。則似先有法學，而後有法術。然實際上兩者發達之順序，適得其反。實先有法術而後有法學。此則證諸內外諸國之歷史，而彰然可考者也。蓋無論何種事物，必先求其供吾人生活需要之手段。然後究明其原理，而發見其充分適應吾人需要之方法。即對於法律現象，先有法術，而後有法學。而法術更依法學之力，益形發達。此兩者常互相扶

實，而促人類法律生活之發達者也。

法學發達之歷史，本屬於法理之範圍。無容詳述。茲略舉其最緊要者述之。往昔自然法派極盛。迨及前世紀之末，歷史法學派勃興。儼然與自然法學派相拮抗。法學界，不啻此二大主義之競爭場。但自然法派，不出想像之範圍，已如前述。其所謂「法律者，不可不基於人類之理性」。容或有一面之真理。然從此見解，勢不能不先以學理說明人類。且不可不研究其在社會上之特性及作用。又其主張萬古不變之法則。以吾人現在之知識，尚未能對此問題，下最後之決定。依今日學理研究之結果，到底不能是認此種古今東西不變之自然的法則也。

歷史法學派，其擊破自然法學派之先天主義之空論，而歸納社會現象，以研究法律之原理，其功績實非淺鮮。然如前章所述，其主張法律之本源，在國民之總意一點，不僅有失正鵠。其法學之研究範圍，局限於歷史之方面，亦殊不當。蓋歷史不過過去之研究。若有以過去推測現在，更有以預斷將來之必要時，或可謂法律之基礎，在於歷史之研究。但吾人研究法律原理，非單據歷史的考察，謂已能達此目的也。自然法學派固守先天之理想，不知社會事物之變化，乃其缺點。反之。歷史法學派雖認社會之變化。但不知研究其現象中進步之原則。是亦不可謂為完備。總之。一偏於架空。一失之保守。皆未得謂為適當也。

最近關於法律學，有綜合統一之三傾向。第一，非難從來所用之法律學的諸種研究方法

。——尤其是註釋的方法。而重視社會學的方法。第二，攻擊法律學本身之自足態度。而主張法律學爲社會學之一部。蓋從來之法律學，不過研究法律生活之諸現象之法規。（Rechtssatz）其結果實不僅法律學之不幸。且法律不能追及社會之目的。裁判官不能了解社會之目的。於是法律生活，與社會之實際生活，不能一致。此社會上之大損失也。是以將來之法律學，不可不以社會學的方法爲基礎。換言之。須離開概念法學（Begriffsjurisprudenz, Konstruktionsjurisprudenz）而爲目的法學，利益法學（Zweekjurisprudenz, Interessenjurisprudenz）。俾法律不致爲「由上孔插入案件，再由下孔抽出判決之自動機」。而爲適於實際生活之法則，即「活法律」也。以上所述，乃最近勃興之社會法學（Rechtssoziologie）派之主張也。所謂社會法學者，研究社會生活與法規之關係之學也。此派對於從來之立法及裁判，深致不滿。所謂自由法運動（Freirecetsbewegung）實與此派有密切之關係。

社會法學，近時起於德法兩國。主張法律乃社會法則。法律現象乃社會現象。故研究法律者，須用社會學的方法。其思想之根據，概出於法國社會學者孔德 Auguste Comte（1798-1857）之「實證哲學」。（Cours de philosophie positive, 1830—42）。孔德之「實證主義」（Positivisme）之認識論，雖與康德 Kant 派相類似。但其非個人中心主義，權利本位主義，則與康德派不同。依彼之說。個人對於社會，祇能負担義務。不能享有權利。

所謂社會法學不可如尼切 Friedrich Nietzsche（1844—1900）所主張之社會的優者主義

的(Social aristocracy)。以現在與將來之國家及法律之任務，在指導自然淘汰與助長適者生存。蓋現在與將來之國家及法律之任務，反爲制抑生存競爭，與防止自然淘汰，而保障不適者之生存。卽不可不爲所謂社會的劣者保護主義也。近時法律學之一新傾向，所謂「法律之社會化」(The Socializotion of law)。卽以此爲根本之理想者也。

社會法學者攻擊從來之法律學，僅抽象分析法律本身之內容，卽僅用法律學的方法 Methode juridique) 爲不當。但社會法學派自身亦易陷於抹煞其他之研究方法，而僅用社會學的方法(Methode Sociologique)以研究法律之弊。蓋法律學，卽關於法律本質之學問的知識，必須兼備關於法律內容之知識，與關於法律在萬有現象中所處之地位之知識，其研究方能完成。換言之。須兼備以法規爲對象之從來法律學的方法，與以社會現象之法律爲對象之社會學的方法，始克稱爲完全之法律學。現代之法律學，僅用其一。固未免失之狹隘。惟所謂法律學的方法，本爲從來學者所專用。至於以社會學的方法研究法律者，誠爲待闢之沃壤。將來研究法律者，尤不可不注重也。夫國家固屬社會之一種。然究爲特別之社會。法律固爲社會法則之一部。然與其他之社會法則不同。故國家之學法律之學，仍須以特別之方法研究之。若因法乃社會現象，卽斷定祗須用社會學的方法而研究之。或令其包含於社會學中。此種議論，殊難首肯也。

自由法學有打破從來在政治學上視爲金科玉條而墨守之叁權分立主義之功。蓋法律到底

不能將現在及將來之一切生活需要，皆行網羅而規定之。所謂「法規之無缺漏」(Luckenlosigkeit der Gesetze)到底難期。而裁判官又不能藉口於律無明文而拒絕裁判。則裁判官須有補充法律之權能者，寧屬當然。從來之法律學，或假定「法律無缺漏。(Luckenlosigkeit des Rechts)。或援引立法者之意思。或爲擴張解釋，類推解釋。推其究竟，無非默許裁判官之立法行爲也。然法律無缺漏之假定，旣爲空談。而未依憲法上程序所表示之立法者之意思，又非法律。且擴張解釋及類推解釋之根據及範圍，亦不甚明瞭。故不如正正堂堂，與裁判官以補充法律之權能之爲愈也。但如極端的自由法說，主張裁判官有變更法律之權能，而法律不過爲裁判官之指針。則又僅知就個個事件，須爲妥當平衡之裁判。而忘却一般的「法律安定」(Rechtssicherheit)。此種見解，洵爲忘却法律之社會的目的之大謬見也。瑞西民法第一條之規定，乃解決此問題最良之適例。我民法第一條規定，「民事法律所未規定者依習慣法。無習慣法者，依法理。」所謂法理，各國學者之見解，雖不一致。然此規定，能因時代之變遷，解釋上大有伸縮之餘地。民法倣瑞士立法例，洵爲適宜也。瑞民一條之規定如次。

一項　關於法律問題文字上解釋上本法有規定者。須適用本法。

二項　本法無規定者，依習慣法。無習慣法者，裁判官須依自爲立法者所應制定之法規而裁判之。

三項　前項情形，須準據確定學說及先例。

第三章 民法

第一節 民法之意義

民法(Troit civil; Burgerliches Recht, Zivilrecht)者，普通私法也。一，分法律為公法私法，則民法屬於私法。公法私法，乃法律根本之區別。極為重要。至其區別之標準若何？則諸說紛紛，莫衷一是。茲略述其各種重要學說如次。

公法私法之分發源於羅馬。而傳播於諸國。德國古時，亦無此種思想。(Gierke, Deutsches Privatrecht Bd, 1§4) 其由來既久，故不能溯其沿革。普通以民商法為私法，而憲法行政法刑法刑事訴訟法民事訴訟法國際公法等為公法。

至其學說變遷之沿革，在羅馬古代，稱從事於公共之事務及公共執法之政治家為公法家。稱處理市民間之法律事務者，為私法家。此時之公法私法，僅可為事務家及學者之區別，而非法律本身之分類。究其實，公法私法之區別，實濫觴於此時。

第一說，因法律之目的而為公法私法區別之標準。即以公益為目的之法律稱為公法。以私益為目的之法律稱為私法。此說亦倡自羅馬，嗣後傳於羅馬法系諸國。然法律之目的之在公益私益，殊難識別。其標準亦茫漠莫可捉摸。且公益私益，互有密切關係。法律究以何者為主，其程度之測定，殊難。蓋解釋一切法律，應同時以國家及個人之利益為目的，較為公

當。又此說不能說明公法與關於公共秩序之法規之差異，乃其缺點。後世主張此說者，雖加種種修正。然終不能維持其勢力之於不墜也。

第二說，求區別之標準於法律關係之性質。謂公法者，規定權利服從關係之法律。私法者，規定對等之權利關係之法律也。其論旨略謂所謂形式上之法律，並無公私之分。無論何種法律，終不外使人遵守之國家命令之規則。故公法私法之區別，乃實質上之區別也。此說雖曾風靡一時。然公法中，規定國民之對等權利關係者不少。（如選舉法）且國際公法之規定，皆為對等關係。則依此見解，勢不能不視為私法。又一般皆認為私法之親屬法，不能不謂為公法。其說謬自不待言。再進一步，在刑法對傷害他人之身體或盜取他人之財物者，科以一定之刑罰。在民法對於違法侵害他人之權利或不履行債務者令其負担賠償損害之義務。此兩者間之法律關係之性質，果有上述之差異乎？非國家對國民相互間之關係，命令個人之行為不行為，而對於違反者科以某種制裁乎？是此兩者之法律關係，性質上並無差異也。

第三說，與前說稍似。謂法律概為權力關係之規定。其中規定對人之權利者為公法。規定對物的權利者為私法。其論旨所謂民法皆為財產法 而純然關於親屬關係之規定，則不屬於民法之範圍。此見解根本已陷於誤謬。蓋所有法律，莫不規定人格相互之關係。縱在物權，苟謂為權利之一分類，亦不外為對人之關係。不僅此也。債權乃純粹人的關係。如身體名譽等人格權，又非財產權。若依此見解。則債權之本質若何？不能無疑。人格權是否屬於民

法之範圍，殊屬不明也。總之。以人的權利物的權利，而分法之公私，洵為一大謬見也。

第四說，求區別之標準於法律關係之主體。所謂公法者，規定國家及其他公人格之法律關係。最少規定以其一方為主體之法律關係者也。私法者，規定私人相互間之法律關係者也。此說倡自法國一般學者。近時頗有勢力。其定義所表示之文字雖有不同。要不外依據成法律關係之主體之性格，而判定法律之公私也。

國家往往為財產權之主體，而發生法律關係。此法律關係之須受私法之支配也，實無庸疑。而採主體說之學者，則謂此時之國家乃以私人之資格而行動。但此見解，一國家有公私兩資格）不無異議。此主體說結果雖優於前數說。換言之。第一，未混同公法與關於公共秩序之法規。第二，以親屬法之全部為私法。第三，標示公私法區別之標準。使人一見，即能辨識。唯其缺點，徒注重形式。不足以闡明兩者之本源。換言之。以雙方或一方之主體之為國家及其他公法人與否，而分法之公私。殊使人莫明其妙也。故某學者謂此區別，純出諸立法者之專斷。毫未基於法律關係之性質云。

以上諸說，非陷於誤謬，即不完備。所謂公法私法區別之標準，須視其法律關係，有否統治權的作用存乎其間以為斷。苟其法律關係，帶有統治權之作用，則縱為私人間之法律關係，仍須受公法之支配。若無統治權之作用，則雖其一方為國家，仍當受私法之支配也。故規定支配關係者為公法。規定非支配關係者為私法。如斯解釋。庶足明示兩者區別之標準矣

其他有否認公私法之區別者。(Schlossmann, Vertrags 206)由純理上言之，此說不無多少理由。蓋上所述者，不過言明其一般的性質。而不能貫徹所有一切法規。如民法固爲私法，然亦包含多少公法性質之法規。又如民事訴訟法破產法之公法，亦有規定伸張私權之方法。此等規定，如視爲助法（英法之學說）時，固可認爲私法之一種，若認爲國家施行法律之手段時，（德國學說）則仍須屬於公法之部類也。總之。公法私法之區別，固屬困難。然在學理上，甚關重要。此否認說不能採也。

二、普通法特別法　法又分爲普通法與特別法。民法乃屬於普通法者也。因法律效力所及之範圍不同，而有普通法與特別法之區別。如民法對於商法爲普通法，即原則法。商法對於民法乃特別法也。至其區別之標準若何？見解有三。

第一說，謂適用於全國之法律爲普通法。僅適於特定地域之法律爲特別法。此種以地域爲標準之區別，在往昔封建制度時代，其效用甚大。現在北美及瑞士之聯邦國家，尚能見其適用。

第二說，因法律所適用之人而區別之。適用於一般人民之法律爲普通法。僅用於有某身分人之法律爲特別法。如陸海空軍刑法及商法，乃特別法也。法國商法，係採此主義。

第三說，依法律所規定之事項之性質而區別之。所謂關於一般事項之法律爲普通法。關

於特別事項之法律爲特別法。民法乃規定個人生活上所發生之法律關係之法律，故爲普通法。反之。僅關於商事之商法，乃特別法也。此說盛行於近世。

最後之區別，原係相對的。因有對於某種法律，固具有特別法之性質。而對於其他法律，尙不失爲普通法者。如商法對於普通私法之民法，雖爲特別法。而對於其他關於商事一部分之法律，（如交易所法及銀行條例）仍不失爲普通法也。

普通法與特別法區別之必要，因特別法於其規定之事項，有優先適用於普通法之效力故也。

三、民法與民法典　民法須與民法典相區別。蓋民法法典，乃以立法形式所制定之成文法。所謂實質上之民法全部，旣非民法法典所能包含。（例如習慣法）且有時帶公法之性質故也。（例如民法中規定程序法及制裁）

第二節　民法之法源

民法之法源有成文法與不文法兩種。二者雖同爲一法。但前者由國家立法機關所制定。有法律或命令之形式。後者反是。由習慣之自然而成。無一定之形式。

成文法有法律命令自治法，及條約四種，民法法源之主要者，爲法律。分述如左。

（1）法律　法律有廣狹二義。所謂狹義之法律，專指立法院三讀會之程序通過，經國民政府公布者（法規制定標準法第一條）而言。玆所云者，乃指此狹義之法律也。

民法法典之制定，旣須以法律之形式。則其廢止或變更民法之法規，亦須有法律之形式，自不待言。

(2)命令　此所謂命令，乃指院令，府令，部令，省政府令，警察局令，縣政府令等而言。此等命令，若有法律之特別委任，(委任命令)亦得規定民事事項。辛亥革命以後，政局紛亂。致多數法律，不能經議會之通過，而以大總統之命令行之。現在國民政府之立法機關卽立法院，業經成立。今後應以法律規定之事項，當不致以命令行之矣。

(3)自治法　地方自治團體所制定之法規，稱爲自治法。(地方自治試行條例第五條)此等自治法規，規定住民之權利義務者不少。故亦可爲民法之法源也。

(4)條約　一國元首與外國所締結之條約，一經適法公布，卽可爲國法之法源。而條約中關於民事事項之規定，能爲民法之法源與否？則視該條約之及於國內之効力之議論若何？結論亦異。有主張若欲使條約所規定之立法事項，其在國內發生效力時，須制定與該立法事項有同一內容之法律者。又有主張僅公布卽可發生效力者。然條約一面固爲國際法上之契約。而他面亦具有國法上之效力。締結條約權，旣須包含制定國法權。則國家之意思決定，祇能有一而不能有二，乃當然之結果。故條約之批准，乃國家之意思決定。批准交換，乃對於相對國之表示。而公布卽可視爲對國民之表示。則條約一經公布，當有國法之拘束力也，自無庸疑。(參照日本國家學會雜誌一九卷七號美濃部達吉氏「條約及於國內之效力」)此種國

法，稱爲條約法。(Vertragsgesetz)

如上所述，條約一經公布，卽有國法之效力。則法律應得以條約而變更之。有主張條約法有較法律更優之效力，縱以法律，亦不得變更之者。（美濃部氏前揭論文）此說殊不足採。蓋國家以法律而變更條約時，乃國家以後之意思決定，而變更前之意思。則該法律，亦無不能發生效力之理。不過對於相對國，負違反國際法上之契約之責任而已。

不文法而爲民法之法源者，乃習慣法及法理。習慣法乃居於民法之補充的地位之法源也。

一般習慣，一旦得法的認識，卽成爲習慣法（Droit Coutmier, Gewohnheitsrecht）。此等習慣法，旣非由國家之立法機關所制定。（如成文法）而其成爲法律之理由，又非出於國家之默認也。

在昔日國家及法律尙未發達之時代，習慣法乃民法之主要法源者，與法律無少異。及十八十九世紀法典盛行之時，習慣法之効力極微。甚有以明文規定，完全排斥習慣法之效力者。如普魯士國法總論第三條規定，法典所未認許之習慣法無效。奧國民法第九條，本法非依立法者之變更或明示的廢止，不失效力。又其第十條規定，習慣於法典允許適用時，方可適用。法國民法亦可爲同樣之解釋。其他Baden國法第六條，Saxon國法第二十六條規定，習慣法祇能作當事人意思解釋之資料，而無法律之效力。此種見解，祇知法典之利益。而忘社

會之變遷。在立法政策上，洵爲謬見。蓋法律務期其必行。故實行乃法律之生命。若國民之法的認識，一旦有所變更。則現在之制定法，必難期其實行。律等空文，非法律之死滅而何。但現今文明諸國，除英國及美國之多數州外，一採成文法主義。而認習慣法之領域頗狹者。不過以習慣法之存在，內容，及其適用範圍，多不明瞭。且不易作成適應於社會新現象之法規。殊不適於近世社會生活之故耳。然無論何種成文法，皆不能期其完全無缺。又事實上對於已成爲法的社會規範之習慣，而否認其有法的效力。殊有悖於法律之理論。故縱在成文法主義全盛時代，不問其承認習慣法之法規存在與否？而習慣法之領域，亦不致全行喪失也。

習慣法成立之要件

（1）習慣之存在　同種行爲之永久反覆時，卽生一種社會規範。此卽所謂習慣也。其反覆之事實須經過若干期間，一旦有反對之事實，是否卽能否認其習慣之存在？則不能取决於習慣本身。不過習慣之所以成爲法律，乃因其爲法的社會規範之故。則同種行爲之反覆，須至可認爲法的社會規範之程度，方可成爲習慣法也。此標準雖稍欠明確。然亦習慣法之性質使然，莫可如何也。

（2）法的認識（Oginio juris et necessiatis）　法的認識，卽法之必要概念者，國民認某習慣爲法的社會規範之謂也。若僅認爲事實上之習慣，則祇能補充或僅爲解釋當事人之意思

表示之資料。又宗教上及道德上之規範，亦不能卽成爲習慣法也。

法的認識與立法之意思異。國民對於習慣法，固須有遵守之意思。但無須有立法之意思。故以習慣法爲國民之立法之主張，稍欠穩當。

以法的認識爲習慣法成立之要件，固律無明文。然依習慣法之所以成爲法律之理論，與民法第一條之解釋，則無所疑議也。

(3)習慣之內容須不反乎公共秩序善良風俗　有害於社會公益或反乎國民之道德觀念之習慣，當然不能認爲習慣法。故民法第二條特爲規定之。

(4)須爲法律規定所認定或法律未經規定之事項　關於習慣之內容事項，有爲法律所規定者，有未爲法律所規定者。關於前者，其法律規定，不問其爲強行法規與任意法規，非明認習慣法之效力，不能成立習慣法。此時之習慣法，優先適用於成文法。故稱爲習慣法之優先的效力。此類規定，民法物權法中最多。關於法律無規定之事項，習慣法一般能成立。故稱爲習慣法之補充的效力。補充的效力者，關於法律無規定之事項，須適用習慣法，而補充民法之缺陷者也。

習慣法之成立要件，不可不與習慣法之拘束力之由來相區別。學者或以習慣法之有拘束力，乃出於國家之默認。(所謂國家默認說 Gestattungstheorie) 或主張習慣法之效力，乃由於國民之確信。(所謂國民確信說 uberzeugungstheorie) 兩說拮抗，各不相下。畢竟此兩說之

爭，乃由於法律是否爲國家之意思，抑爲國民之確信之前提之不同。與法律之何故有拘束力之根本觀念相牽連。故無討論之必要也。

(5)習慣法之效力發生時期　據民法第一條之規定，習慣法一般有補充的效力。至其效力發生之時期若何？則議論不一。而成文法之公布施行日期等之不能適用於習慣法也，固不待言。或有謂法院適用之時，爲效力發生之時期者，但法院乃適用法律之機關。如此解釋，殊與法院之性質不合。究竟習慣之所以成爲習慣法者，因其爲法的社會規範也。故須以其成爲社會規範之時，爲其效力發生之時期。如此解釋，或有謂其期間之不甚明確者。然此等缺點，乃習慣法之性質使然，莫可如何也。

(6)習慣法之證明　法律之存在及其內容，純爲法律問題。裁判官自應知之。原則上不得爲調查證據之標的。但此原則，不能適用於習慣法。關於地方習慣法及商習慣之存在及內容，須由主張其適用之當事人證明之。然此問題，既非事實問題。故法院得以職權爲必要之調查。

法院之判例，是否能爲民法之法源？則各國見解，頗難一致。在英美法中，判例法(Case law, judge-madelaw, judikaturrecht, Juristenrecht)爲其主要之法源，當無可諱言。故學者或有主張判例能獨立爲民法之法源者，誤也。蓋法官乃適用法律者。而非制定法律者。不過判例能爲產生習慣法之原因。對一判例，屢次反覆時，則人民之間，即生一種遵依之習

慣。其習慣一旦得法的認識，即成爲習慣法。此類習慣法之起源，不僅限於判例。學說亦足產生入民間之習慣法。故判例學說，雖與法律之淵源有間接之關係，然不能直接爲民法之法源也。

如上所述，判例雖足爲促成發生習慣法之原因。但習慣法之發生，不僅限於判例。其他之習慣而得法的認識，成爲習慣法者不少。故法國學者中，有主張習慣法僅可由判例而發生者，非正說也。

法理　民法第一條規定「民事法律所未規定者依習慣法。無習慣法者依法理」。則法理亦爲民法法源之一，自無庸疑。蓋制定法無論若何精密，必不能將社會所有之現象，網羅而規定之。俾無遺漏。於是類推解釋之必要生焉。若無可用爲類推解釋之規定，又無習慣時，而法官又不能藉口於法律之不備，而拒絕裁判。故此時自不能不適用法理也。

法理者，即德國民法所謂條理，乃由法規全體之精神所生之原則也。（德民法第一草案第一條）義大利法例第三條二項之規定與此略同。又奧民第七條「無類推之法規時，須依自然之法則而裁判之」。瑞士新民法第一條二項「─無習慣法者，須依自爲立法者所應制定之法規」云云。我民法於法理之解釋，當採德民。蓋法律非由各個規定所集合而成之死物。乃由互相關連之規定所成一個之活物。由此等規定之脈絡連貫綜合而成爲不可分離之統一體。由此等規定之全體所生之結論與原理，即謂法律本身也。若猶有不足。則以正義，公

平，利益之比較等一般之條理而爲裁判之標準。以法理爲民法之法源者，首創於法國。蓋法國民法，成於百年以前。殊不適於現今之社會。故以法律之理想爲標榜，而解釋法律，以補救文法之缺點。更進一步而爲變更改造成文法之基礎。其結果，竟以法理爲民法法源之一焉。

第三節 民法典之編纂

一、中國編纂民法典之經過　由實質的意義而言。則中國古時，亦已有所謂民法。但中國公法制度，雖甚詳備。然私法制度，則發達甚遲。且私法法規，多參雜規定於刑律中。例如大清律之戶婚律及雜律各編中，規定繼承婚姻物權債權者甚多。雖其規定之形式，爲處罰法規。但其實質，則仍爲民事法規也。前清末年，擬施行憲政，作改良法律之準備。光緒二十十八年，派沈家本伍廷芳爲修律大臣。當時注重修訂刑律。而關於私法之編纂，尚未議及。至光緒三十三年，憲政編查館議覆修訂法律辦法。承認立法，應設專官。於是年派沈家本俞廉三英瑞爲修法律大臣。設修訂法律館。聘日人岡義正博士，使起草民法。共分五編。宣統三年，前三編告成。後二編由中國人起草，不久告竣。即舊民律草案是也。迨國民政府成立於南京，十七年秋，遵　總理遺制，組織五院。以立法院爲立法機關。由該院委員史尚寬等起草民法。總則編於十八年夏脫稿。經該院三讀會通過。交國民政府公布。於十八年雙十節施行。即現行民法也。

二、編纂民法之動機　中國編纂民法法典之動機，可分爲三。

(1)採取大陸派之法律思想，以爲統一刷新中國之法律。

(2)中國舊時法律，過於支離簡單，不足以適應現今複雜之社會生活。

(3)擬完成中國法制，以謀收回領事裁判權。

關於編纂民法典，有謂中國地大民衆，應先調查各地方習慣，詳加審核，而取愼重態度者。有謂應以先進國之民法爲模範，從速編成公佈，以謀與世界潮流相應適者。由法理學上言之。十九世紀歷史學派漸佔勢力，謂「法律乃一國民族精神之表現，成於自然，非可以人力創造者」。用以極力攻擊自然法派。但以外國法爲模範所制定之新法律，苟制定得宜，能與現代之社會生活相適應。則行之既久。亦可融化於國民，而指導國民之生活。且舊習慣中，種類龐雜，頗欠明晳。且有不應保全者。故習慣的勢力，不可視之過重。總之。以上兩種主張，各有一部分眞理也。

三、民法之編別　民法之編別法有二。分述如下。

(A)羅馬式　此編別法創自羅馬法律家Gaius之Institutiones。彼於註釋十二銅標法時，分爲人事編 Jus quod ad Personam Partinet財產編 Jus quod ad res Partinet訴訟編 Jus quod ad actiones Partinet三部。此種編別法，嗣後爲Justinian帝法典之一部之Intitutions所採用。故倣之者，皆稱爲Institutiones式云。但Justinian帝之Institutiones共分四編。蓋因求各

編分量之均勻，故爾出此。其根本之觀念，仍出於Gaius也，則無庸疑。(S.Leonhard institution 1862)嗣後法國民法及法法系之民法，將第三編除外。而將第二編分爲二。合人事編爲三編。卽法國民法第一爲人事編。第二編爲財產，及所有權之變更。第三編爲取得所有權之種種方法。西班牙及意大利民法亦同。奧大利民法，亦取三分法。卽第一編爲人法。第二編爲物法。(包含物權債權)。第三編爲總則。此又Institutiones之變體也。

羅馬式將實體法分爲人事法與財產法，固自有相當根據。然缺點亦復不少。故頗受近世學者之非難，茲略舉其缺點如次。

(1)不定債權之地位　關於此點，主張羅馬式者，其所見固有不同。但當時羅馬既無如近世物權之名稱，且其對於物之觀念，與近世不同。則其視債權法爲物權法之一部者，寧屬當然也。然債權與物權之性質，大相徑庭。且債權法占私法之大部分。而以之爲物權法之一部。殊欠妥當也。

(2)於人事編中，混同規定彼此性質大有差異之人格及能力與親族關係。

(3)以訴訟法爲民法之一部。

(4)未設爲各種權利所共通之總則。

(B)德國式(Pandekten)　此式在羅馬式輸入德國後，由德國學者所研究發明之新分類法也。然爲何人所發明，則無可考證。此式分民法全部爲五編。第一編總則。第二編物權

。第三編債權。第四編親屬。第五編繼承。Saxon民法首先採用之。Bavaria民法草案（一八六一年）雖倣傚之。然置債權編於物權編之前。德國民法草案則倣諸Bavaria者也。我民法亦然。其理由（一）債權法在交易上最關重要。（二）債權法以其他各編之規定爲前提者甚少。反之，其他各編之規定，大抵以債權法爲前提。（德國民法理由書緒論三頁，然學者對此之批評，亦區區不一。Vergl, Staudinger 1.S.9 Endemann, Holder Kommentar S.59.60）。（三）首設總則一編，揭各種權利關係之共通規定。以免其散諸各處，而致重複或缺漏。（四）分割古來混入人事編中之人格及能力之規定，與親屬關係之規定。使其一部入於總則。其他另爲一編。以應將來時勢之變遷。且使後編之規定，便於改正。（五）不置親屬編於各編之首，而使在物權編與債權編之次。蓋一以明親屬關係之影響於財產上之範圍。且示各人之權利義務，非如往昔，因其身分及地位而固定者也。因死亡及其他之事由而爲包括財產之繼承，殊與物權債權及親屬關係相牽連。以繼承法爲獨立一編。以改往時僅視爲取得財產之一方法之觀念。

綜上所述，此種編別法，學者謂能矯正羅馬式之缺點，遠駕而上之。洵的評也。

有倡民商二法之統一論者。卽合併民商二大法典，而制定單一之私法法典。如瑞西之商法之大部分包含於債務法中是也。商法之全部，固不能盡能包含於債權法中。然除商法總則之一部，公司編及海商編之一部之規定，具有特殊之性質外。其他部分，編入債權法中，亦

無不可。我民法係採此主義。

無體財產權之性質，頗近於物權。故學者有主張應編入物權編者。至此等特殊事項，在立法上應否包含於民法法典中，自為另一問題。或謂法典僅可為一般的規定。而關於各種特殊事項，須各制單行法。一面既可避免法典之頻繁改正與變更。而他方關於此等特別事項之法律，易於為因時制宜之改正。故我法制，將商法之一般的規定，合併於民法。而關於其他特殊事項之規定，則制定多數之單行法。

第四節 民法之效力

民法之效力，得依種種見解而觀察之。有關於人者。有關於時者。有關於地者。有關於事項者。關於人及地兩點，與國際私法有關。故別而為三。分述於次。

一、關於時之效力 法律只適用於效力發生時所生之事項，不溯既往，乃羅馬以來一般所公認之不溯及之原則。(Principe de la nonretroactivite, Frinzip der Nichtruckwirkung)。諸國法律，多以明文規定之(法民二條日本民法施行法第一條)。蓋不許新法適用於依舊法所確定之法律關係也。法國革命時代，標榜保護人權。欲以此為憲法上之原則，而拘束立法者。嗣後美國憲法，竟採此主義而以為立法上之原則。然在近世，一般皆以之為法律適用上之原則矣。蓋立法者雖不能變更過去之事實。自應有變更其效力之權能。換言之。一旦認為公益上之必要時，隨時可制定有溯及效之法律也。

此原則適用之範圍，因立法理由之不同，不能不有多少差異。關於此點，學說不一。通說謂新法不得奪取依舊法所得之既得權。然既得權之意義若何？亦無定說。普通皆指因特定事由已經取得之權利而言。若僅單純之希望，則不能受法律之保護也。如達某年齡爲成年，若某人死亡，則有爲其繼承人之資格，其他如享受在進行中之時效之利益等，皆不能謂爲既得權。故一旦有變更此等事項之法律出，自不能不受其適用也。

此說雖大致不至有不當之結果。然既得權之觀念，既有欠明瞭。且以其有無爲唯一標準時，又未免過狹。例如制定變更某法律行爲（如遺言）之方式之法律時，則其實施前所成立之行爲，（縱未生效力）自不得使其無效。若依既得權之觀念，則不能說明也。或主張須視其是否關於公益者。此說亦未免漠然。蓋縱令其法規係關於公共秩序，亦不能變更依舊法所確定之法律關係也。總之。此問題須依法規之內容及立法之目的而解決之。蓋法律關係之效力，須依其發生當時所行之法律而定。否則在其當時必呈法律不存在之奇觀。而吾人之法律生活之安固，將不能保持。此所以承認不溯及效之原則也。但此原則，僅可爲解釋上之標準，則已如前述。若縱令某法律關係業已確定。然以法律之力，亦得變更之。如制定解釋前法意義之法律，其性質上當然生溯及效也。又某法規，縱令有溯及效，亦不可卽斷定能溯及以往之一切法律關係。蓋普通在舊法時代所發生之法律關係，唯自新律施行時起，受新法之支配。而在其以前所生效果，亦不能因新法之施行，而有所變更也。

綜上所述。所謂不溯及之原則，不過爲解釋上之標準。而無絕對的效力。故無須如諸國以明文規定之。且以明文規定，反於適用上易生障礙。日本僅於民法施行法中揭之。我民法總則物權債編親屬繼承施行法第一條之規定亦然。蓋依舊法所確定之法律關係，若得以新法變更之。實有害於社會生活之安固也。

二、關於人及地之效力　在昔交通未發達之時。一國之法律，僅行於本國領域內。而支配內國人間所發生之法律關係。我國昔日閉關時代之法律亦然。迨及近世。國際交通，日形發達。諸國人民亦往來頻繁，於是所發生之種種法律關係，有爲其領地內之內外人間或外人互相間所發生者。有爲在外國之本國人間或內外人間所發生者。或在內國所爲之法律行爲，而其標的物在外國者。總之。如此關於人物及行爲，含有涉外的原素之法律關係，果依何國法律以支配之乎。此所以在國際的私法關係頻繁之現代，而有規定互異其法域之內外私法適用區域之必要也。所謂國際私法，卽因近世交通之發達，所產生之法則。其結局之目的，無非爲解決此種複雜之問題而已。

凡一國之主權，在國內有完全之作用。法官僅能依內國法以爲裁判。至於涉外的法律關係，原不妨將外國法置之度外。然在近世文明諸國，無不加多少制限於此主權作用。且於承認外國時，卽不啻彼此相互承認其法律。於是對於某種法律關係，遂不能不適用外國法矣。此相互承認主義，畢竟起因於國際關係之必要，而爲古時羅馬所否認者也。蓋羅馬除適用於

其市民之固有民法（市民法）外，雖有適用市民以外之人民之法律。然不能因此卽謂爲承認他國之法律。而當時思想，仍以羅馬法爲世界唯一之法典也。迨後日耳曼人種侵入羅馬帝國，於是種族之觀念盛行。各人須受其種族固有之法律之支配。此卽中古所盛行之法律屬人主義也。

時世漸進，異種民族，同住一地。洎封建制度興。領土之觀念，遂形發達。而有以一定之地域爲基礎之原則。所謂屬地主義，卽於此時發生。屬地主義者，以法律之效力，僅及於領土內所發生之法律關係。而在其領土內之人，不分內外，均須服從之。此主義乃解決近世國際私法諸問題之大原則。蓋國際私法，畢竟基於國際關係之必要，依相互承認主義，而限定其適用區域之法則也。

國際私法，乃國內法之一部。非如其名稱所表示之爲國際法也。法意比諸國之學者，從來皆主張其爲國際法。而倡本國法（屬人法）主義。殊屬謬見。蓋國際私法，究不外關於國內某種私法關係，定甚適用何國法律之內國法。其主要之效用，在示法官以準據法而已。故法官僅能受本國法之拘束。縱令對於某國際私法關係，而適用外國法時，亦無非適用定其準據之內國法。決非該外國法直接發生效力也。此原理在以成文法規定國際私法之我國，固一見顯然也。唯全然離脫其形式而觀察之。所謂國際私法，乃各文明國人民之共同一致所成立者耳。

綜上所述。我國人民主權之結果，凡我國人民，不問其在國內國外皆須受我國法之支配。又領土主權之結果，荷在我國領土內者，不問其爲內國人，或外國人，亦不問其事項是否關於中國人或外國人，皆須適用我國法。於是與外國之衝突生焉。故各國法律，每因必要，而限定本國法之適用範圍。又關於特定事項，亦許適用外國法。藉以避免法律之衝突。我法律適用條例，即爲解此問題者而制定也。玆其原則如次。

(1)人之能力親族關係及因此而發生之法律關係，依當事人之本國法。

(2)繼承依被繼承人之本國法。

(3)關於動產及不動產物權，依其標的物之所在地法。

(4)關於法律行爲之成立及效力，依當事人之意思而定其標據法。若當事人之意思不明時，則依行爲地法。

(5)所應適用外國法之規定，若有違反我國公共秩序與善良風俗者不適用之。(法律適用條例)

我國昔日昧於法律。疎於外情。許外國以領土裁判權。於是外國人之在中國領土內者，可不受中國法律之支配。中國國權，因此喪失其一部之作用，洵爲大恥。歐戰後，德奧喪失領事裁判權。俄舊政府條約失效。中國法律，對於此三國人之居住中國領內者，亦可行使矣。

第五節　法律之檢認

一　法律之檢認　法律之適用，須待解釋。法律之解釋，則以法律之檢認爲前提。法律之檢認者，確定有效的法律是否存在之行爲也。換言之，檢查某法律現在是否有效是也。而有效法律之存在，一面須有該法律之適法成立。他面其成立以後，須未發生消滅原因。民法法典，實際上雖無檢認之必要。然關於民法施行前後之單行法律命令，殊有檢認之必要也。

(1)法官檢認制定法之權限　關於此點，法律雖無明文。然法官旣有適用有效法律之職責。則審查法律之有效與否之權，當然包含於其職責之中。則審查法律之有效無效者，不僅爲法官之權利。且其義務也。但關於審查權之範圍若何？則每生疑問。

(2)審查公布之有無　關於此點，學說一致。(Gierke, Regelsberger)蓋公布乃制定法律之一條件。在今日之法制，須有公布權限之機關，以適法之方法公布之。

(3)審查權限之有無　須審查官廳所發布之命令，是否超越其權限。此點爲今日學說所一致。蓋官廳僅於法令所賦與之權限之範圍內，有發布命令之權。苟超越其權限之範圍，無立法權也。故審查命令之有效無效，第一須着眼於此點也。(Laband, Regelsberger,)

(4)關於憲法上之法律，須審查其是否經立法府之議決　關於此點，從來議論不一。(Laband, Staatsrecht. 11855.)。或謂是否得立法府之同意？是否經絕對多數之議決等？乃立法府之內部關係(interna corpolis)。立法府自有其有效無效之審查權。故立法府以自己之行

爲，所發表之法律，法院無審查權。然此說亦謬。何也？苟憲法儼然存在。則立法府之立法，不得違反憲法之規定。若違反時，則爲違憲之法律，自不能有效。且憲法上之一切法律，必須經立法府之議決。故未經立法府所議決之法律之不能有效，自屬當然。又立法府之議決，須爲合法。苟有違法之點，則無議決之價值。即不能成立有效之法律。故欲發見有效之法律時，則不能不審察此點也。

（5）法院在實質上審查違反憲法之權限　關於此點。學說亦歧。諸國憲法，亦未趨一致。普魯士憲法以明文規定，法院無此種審查權。（普憲一〇六條）。美國憲法，則以明文與法院以此種審查權。然違反憲法之法律，既不能有效。且我國最高法院，及司法院，握有一切法律之最高解釋權。而審查權乃解釋權之前提。則我國最高法院，自應有此種審查權也。

（6）關於立法理由，法院無審查權　如某法律或命令，縱在立法政策上甚爲失常。且有害國民之利益。苟其形式元備時，則法院不能不適用之也。

（7）法律消滅原因之檢認　如上所述。既確定法律之有效成立。然後須檢查其法律是否消滅。而法律之消滅原因，有爲法律本身所規定者。如規定有效期間是也。又有後法明白規定廢止前法者。此時須注意其法律與命令之關係。又縱不明白規定廢止前法。若前法之規定與後法相牴觸時，則前法須解爲因後法所廢止也。

第六節　法律之解釋

法律之解釋(interpretation, Auslegung)者，確定其眞義，卽內容之謂也。法律之內容確定後，方能適用於實際問題。故法律之能適用得當與否？則專視其解釋方法若何。故解釋之必要與困難，決不讓諸立法也。

法律之解釋，分爲有權解釋，與學理解釋。前者乃以新法律確定既存法律之意義，其解釋有強制的效力。故又稱爲強制的解釋，有權的解釋，有用制定法者。此時稱爲立法的解釋。有用習慣法者。此時稱爲慣行的解釋。無論何者，皆係以法律解釋法律。其目的雖在解釋前法。而其實純爲新立法也。故有主張有權的解釋爲非解釋之議論者頗屬不少。又解釋之法律與被解釋之法律，須具備同一之效力。若以命令解釋憲法上之法律時，無有權的解釋之效力也。此時關於同一事項，法律與命令並存。則命令之效力，自不及法律也。有權的解釋之效力，追溯既往。但僅關於發生於有權的解釋前而未經判決之事項，及雖經判決尚未確定之事項，方能溯及。至關於業經判決，及未經判決，而依當事人之行爲，已經完結之事項，則不能溯及也。有權解釋，近時採用者甚稀。

學理解釋者，法官學者及其他個人以學理定法律之意義之謂也。此種解釋，無法律上之拘束力。不過有時因爲解釋者之學識技能之特出，實際上頗有勢力而已。少數學者，分法規之解釋爲公解釋與私解釋二種。稱法官之解釋與立法的解釋爲公解釋。俾其與學者及其他個人之私解釋相對立。因法官於判定某事件時，職務上所爲法律之解釋，而由解釋所下之判決

，於訴訟當事人間發生與法律同一之效力故也。然此區別，乃關於解釋之發源及效力之形式上之區別。與解釋之方法無關係也。

解釋之目的，是否為闡明立法者之意義？抑為解釋法律本身之意義？則議論不一。近世學者，大都採後者之見解。蓋依前說，則如法律之草案理由書、起草委員之記錄、議案之說明，立法府之速記錄等，所謂立法之資料，皆足以拘束解釋家。反之，若採後說，則所謂立法資料不過為參考材料之一。法律之意義，僅能以學理而確定公布之法律也。然立法者之隱意，既非法律。而今日參與立法之程序，又極繁雜。所謂立法者之意思，事實上殊難確定。且法律既非死條文，乃活的社會準則。吾人於定其意義時，若徒拘泥於歷史的事實，是不啻以社會作法律之犧牲。故解釋之範圍宜廣，方足以適應社會之需要，而補成文法之不備也。

學理解釋，又分為文理解釋與論理解釋兩種。文理解釋者，依法律之文字及用語，而確定其意義之謂也。蓋文章用語，乃直接表示立法者之意思。若置文章用語於度外，而以汎漠之學說理論解釋法律時。則往往脫出解釋之範圍，而生制定法律之結果。故在法律編制失宜或不易改正之國家，往往見此弊端。此文理的解釋之所以尤為重要也。然文理的解釋，非如其文字所表示之單純簡易。若欲期其完全，自有一定之方法與原則。換言之。凡一國法律之文章用語，自有一種特性。故須注意此種特性，參考立法者及立法當時之情況，又回溯其母法之外國法之淵源，而解釋之。若將其文字用語置之度外，殊為誤謬也。尤須注意者，法典

之條項，乃構成全部組織之成分。前後互有密切之關係。故須彼此對照，研究其聯絡，以探求其眞正之法理。若僅捉一與判定事件有直接關係之條項，徒拘泥其文字，而定其意義時，往往與立法之本意相背馳。而生死用法律之結果。此所以猶須待乎論理的解釋也。文理解釋與論理解釋有不可分離之關係。兩者並用，方能達解釋之目的也。

論理解釋者，依推理之作用，而闡明法律之意義也。如某條項與法律全體之關係，一法律與一國法制全體之關係，立法之目的，社會之情況等，舉凡足以闡明法律之精神者，皆須參考之。所謂理由書及編纂議事錄，既非法律之一部，固不得以為解釋之根據。但不妨參考之。論理解釋之尤為重要者，乃關於承繼外國法之一部分，須溯其淵源，並參考近世諸大家之學說，而明母法之意義是也。如關於某事項，雖完全採用某國法典之規定。而除外其重要之一部者，亦非無其例。此時關於此種事項，須研究其未行採用之部分，方可知立法之本意。而適用之之時，庶無誤謬之虞。且可為他日改正之資料也。

有主張論理解釋須於法文之意義不明，或無可適用之法規時，即不能據嚴格的文理解釋時，方可用之者。乃謬見也。蓋近世之法理，決非如羅馬法以文辭為解釋之唯一基礎。有時固不妨兩解釋中擇一而用之。且僅可依論理解釋之時，亦復不少。如法文之意義，與法律全體上所確定之意義不相容時，須擴張或縮小其法文之意義而解釋之。所謂擴張的解釋者，附加法文當然所不包含之意義之謂也。縮小的解釋者，除卻法文所應包含之意義之謂也。

解釋之方法

（1）解釋之資料不可不求之於外國法　歐美諸國。學術先進，而後成爲法典。故得以本國法學之力而解釋之。我國素鄙視法學，謂刑名乃王道之末。迨及近世，法律之編纂，既不能不取範於歐美。故我國民法之解釋，亦不得不致力於外國民法之研究。此現象雖爲可悲。然亦爲後進國之所不得已也。尤爲困難者，民法編纂之際，所參考之外國民法既多。若一一研究。殊不易易。如與契約相當之文字，英之contract，法之contrat，德之Vertrag，其意義皆有多少之差異，今我民法上之契約之意義，果依何國之解釋乎。契約且然。則其他之細微者，可以相見。故欲期法律之解釋之統一，與欲期與國民普通生活相容洽，則不能不俟諸將來之解釋也。

（2）法文之文字須從普通之語義　文字因時代地域，或其使用之人之不同，其意義亦異。然法律乃國家對普通一般人之意思傳達。則其文字之解釋，須從普通之意義者，固條文解釋之第一義也。若依普通意義解釋，則其意不通，或生不當之結果，或其文字不爲普通所使用時，則不可不訴諸法律學之力。蓋專門術語，既有特別之意義。且其解釋困難故也。我民法既承諸歐美，若非研究歐美之法律，則其意義難明，固無待言也。

（3）民法須合全體而解釋之　民法之條文雖多。但其法典全部，自有貫通前後之基本觀念以支配之。故解釋時，務保持各條之連絡，而使其不相矛盾。此解釋之最終目的也。此

種解釋，多用推理之方法。(論理解釋)吾人私的生活之全部，隨處隨時，皆不能逃民法之支配。吾人生活雖有種種與多方面。然畢竟爲有調和之一點。法律亦如之，其多數規定與日常變化莫定之生活相當。法律全體，與吾生活全部相當。此所以法律之解釋，有統一之必要。若吾人生活有前後左右之矛盾，則不能稱爲完美。若法律之解釋，徒拘守條文，而不統觀全局，亦不能謂已盡解釋之能事。於是有擴張的解釋，與縮小的解釋之必要。蓋一條一項之規定，乃法律全體之一部。不能獨立存在。一規定之內容，有時與他規定之內容相重複。此時非將其一方縮小解釋之，則失全體之調和。或關於某事項，缺應有之規定。此時非將他之規定擴張解釋之，以補其缺陷，則難保全體之調和也。

類推適用(Analogie)類推適用者，關於某事件，法律無規定時，適用與此類似之關於其他事件之法規也。其性質頗不明。故學說不一。大致可分爲三說。

(1)立法說　類推適用，既以無可適用之法規爲前提。則由某法規或多數法規所生之效果，爲立法者所未預期之時，方可爲類推適用。此時之類推適用乃制定新法云。(Bernburg, Beseler, Binding)此說雖覺銳利，然其與法官以立法權，果有十分根據與否？殊爲疑問。

(2)解釋說　有主張類推適用，不過活動原來之原則。並非制定新法規。故仍不失爲解釋者。(Savigny, Windscheid)。

（3）折衷說　類推適用之本質，乃法之制定。但其形式，乃不失爲解釋。（Gicrke, Regelsberger）。蓋類推適用，不僅爲法之解釋。且因此發見新法規（法之制定）。但其不取立法者之態度，唯求包含於現行法中之原則之發展而已（外形爲解釋）。唱此說者，雖頗具苦心。然畢竟爲立法說也。

類推適用，既不可視爲創設新法規。而法官亦祇能適用法律，而不能制定法規。又有以之爲雖非立法，而爲逾越解釋範圍之法律之補充者，誤也。類推適用，乃適用法規，於立法者所未想像之事項，而爲非解釋說之根據也。然立法者之想像與否？果何據以法定之。若關於特定事項，以法律無直接規定之故，即不能謂爲立法者所未預想也。蓋法律法一般的準則。非關於各個具體事件之規定。採關於一事項之規定，而適用於其類似之事項者，爲適用法規所當然。故類推適用者，乃隱匿法規之解釋也。而以類推解釋爲脫離法規解釋之範圍者，乃不解法規無規定之處，尙有隱匿法規之存在也。

類推適用某一事項之法規於其他相類似之事項者，法律屢以明文規定之。即所謂準用是也。準用乃對適用而言。將關於一事項之法規直接適用於該事項時，謂之適用。而適用於其類似之事項時，謂之準用。故法律明言準用時，則無類推解釋之必要。蓋此時法律既有間接之規定。非純粹之類推適用故也。

純粹之類推適用者，乃法律並無準用之明文，而尙爲類推適用之謂也。有同一或類似之

法律的理由，而認同一或類似之法律效果者，乃法理上所當然。苟法有所不備，當然以類推適用補充之。故謂類推適用尚不失爲法律之適用者，其主張雖未敢謂爲誤謬。然其是認之理由，畢竟基於法理也。

論理解釋中，尚有稱爲反面解釋(Argumentum a contrario)者。乃關於特定事項，規定一定法律效果時，則關於其所不包含之事項，而認反對之法律效果是也。此解釋之能用與否？須視該法規之爲例外法規與否？爲標準而決定之。

法律之解釋適用，須研究其具體的結果之妥當性。若某法規可爲種種不同解釋時，則須採其結果之妥當者而適用之。然個個事件之裁判之妥當，固非法律之唯一目的。而法律生活之安定，亦爲法律重要目的之一。故目的法學 (ZweckJurisprudenz)利益法學 (Jnteressen-Jurisprudenz)之思想，雖大體可表贊同。而採自由法學 (Freireshtstheorie) 者之過於輕視條文之弊，則不可不避也。

第七節　民法法規之分類

一，民法法規得分爲強行法規 (Dispositions imperatives, Zwingendes Rechts)與非強行法規或任意法規。(Dispositions decharatives ou suppletives, Nichtzwingendes Recht, dispositives Recht, Nochgiebiges Recht)前者不問當事人之意思若何？得強行適用。後者則依當事人之意思，得排除其適用者也。法規既有此兩種。故法官適用法律時　第一須爲強行法規。第

二則爲當事人之特約及其他之意思表示。第三方能適用非強行法規也。蓋任意法規乃不過用爲解釋或補充當事人之意思表示。故不能反於當事人之意思而強行之。然當事人若不爲特別之意思表示，即無與任意法規不同之意思表示時，尙得強行。故仍不失爲法律也。

民法各條之規定，是否屬於強行法規，抑屬於任意法規？由條文之體裁上足以知之。否則研究立法之目的而決定之。大體債權法中多非強行法規　物權親屬繼承編中多強行法規。但近時之社會政策，頗傾向於限制契約自由。則將來之債權編中，亦將因此而增加強行法規也。

二，原則法規及例外法規　原則法規與例外法規之區別，無須說明。依從來解釋之原則，凡例外法規，皆須嚴格解釋之。但近來有主張法律既多由例外法規進化而成。則例外法規固無須狹義的解釋之者。若有同一之社會的理由時，原則法規固須爲擴張的解釋。例外法規固須爲制限的解釋。若其社會的理由（或社會的合理性）一旦有輕重之差，則例外法規亦未嘗不許擴張解釋也。由此觀釋之，前說僅具一面之眞理也。

三，固有法與繼受法　由外國傳來之法規稱爲繼受法。由本國社會所發生之法律稱爲固有法。兩者區別之實益，對於繼受法須以母法及其姊妹法爲研究之資料。而對於固有法則須研究其本國法律之沿革。然繼受法之所以取範於外國者，亦無非應本國之需要。法律制定以後。彼此情形，不必相同。故盲從母法及其解釋之弊，不可不避也。

第四章　民法上之權利

第一節　民法上之權利

一，意義　權利之觀念論，行之最久。迄無定說。或謂須以義務或拘束(Zweckverband)之觀念以代之者。此種義務本論，確合一面之眞理。我國素以儒立國。禮讓之風最盛。則義務本位之法典，應頗適合於我國之國情。但權利義務，常相對立。所謂權利本位，義務本位，不過觀察方面之不同。至其內容，則無以少異，其間接之利益，權利本位足以獎勵個人獨立進取。而義務本位足以養成謙讓守成之風。而其弊害，義務本位足以釀成因循之習。權利本位又有馴致相爭之風。故研究法律者，不可不注意於此間接之效果也。羅馬法及英國普通法，大致採義務本位之觀念。迨自自然法派蹶起，權利本位之觀念盛行。遂形成今日法律學之大勢。我民法亦不能逃此趨勢。其是非姑當別論。我民法係採權利本位則無庸疑。

二，權利之本質　關於權利之本質論，學說甚多。舉凡所謂法律家，莫不主張其固有之權利論。是以迄今猶無定說。或謂權利之觀念非絕對的，須依時代及法律之變化而定之(Bekker)者，洵爲的論。蓋解釋成文法而求一般的權利觀念時，則不能不以成文法爲前提。故權利之觀念，不能不依成文法有所變更者，乃理之當然。或謂由權利之文字所表現之思想，頗爲複雜　且其所包含之權利，往往彼此互異其性質。則總合一觀念以包括之，縱非不能

，亦徒無益云云（Bierling）。此謬論不足採也。玆略述從來之學說如次。

（1）意思說　謂權利者，乃吾人以心理上之意思所能支配之範圍（因法律之保護）也。此派之主張，謂法律既爲限制吾人之意思。則權利不能不爲其所限制之意思云云（Gierke, Privatrecht Bd.I.S253）。此說不足以說明現行法。何則？若以權利之本質爲個人自然之（心理上之）意思。則其結果，無意思者當然不能享有權利。頗與事實不合故也。

（2）法規說　此說爲Windscheid所主張。謂權利乃法律所賦與之意思之力，或意思之支配力。此說通常皆稱之爲意思說。然彼之所謂意思，非指權利人心理上之意思。乃指法規本身之意思而言。故不能稱爲意思說依。氏之主張，則雖意思無能力者，亦得享有權利。既無前說不當之結果。且能示權利之支配力之泉源。惜其未行說明權利之內容及實質。故僅能完成權利定義之形式。

（3）利益說　爲Jhering所倡。謂權利者，乃法律所保護之利益也。氏以意思說爲獨斷的形式論。僅其不能表示權利之目的及實質。故專由權利發生之原因立論。謂意思既非權利之目的，又非其原動力。則以意思或力觀之念，殊不足以說明權利之意義。故加以排斥。進而探求權利之實質的要素，及形式的要素。所謂實質的要素者，有益有用所得等是也。所謂形式的要素者，即法之保護是也。實質的要素，乃權利之精髓。形式的要素，乃保護權利之外皮。又說明兩者之關係。謂前者乃權利之目的。後者不過爲達此目的之手段。故法重實質

為要素。而創「權利者乃法律所保護之利益」之定義。尤注意說明，所謂利益者，不僅限於金錢上或經濟上之利益，復包含無形之利益。法律之保護者，在私權之範圍內，係指訴權而言也。對於利益說之非難頗多。權利之內容，固為利益。但權利之內容，並非權利本身。此Windscheid氏之批評也。利益說過於注重於利權之內容，確係事實。然此亦其長處。足以補救法規說之形式論之弊。利益說之第二缺點，乃不能明說法人之權利。據Jhering所說，謂權利主體，乃利益之歸屬者。則在社團法人，非以社員為權利主體，其理論不能貫徹。是等於法人否定論也。Jhering實達此結論。但氏於論法人時，又轉其論鋒。謂法人為謀訴訟之實際便宜計，對於外部，各社員並非相互獨立。合全體社員為一體。俾受共同利益之保護。此乃利益與訴權互異其主體之例外。乃法律之形式之結果使然。不能因此即謂社員全無權利。而真正之權利主體，仍為社員也。如此，氏自暴露其利益說之缺點。其結論中有云「若以余之法人論為不可時，則須先對余之權利論加以攻擊」。由此觀之，則氏亦知其權利論不適於說明法人之權利也。

（4）折衷說　以上三說，雖各有其缺點。然皆含有一面之真理。故現今法律思想界之潮流，莫不宗之。而摘長補短，以期其完成者，即折衷說是也。如Regelsberg氏云，權利者，為充實其所承認之利益之力也。Jellinek氏云，權利者，因意思之力，而受法律保護之利益也。前種注重於力之觀念，而後者則注重於利益之觀念。統稱之為折衷說。近時學者，大

抵屬於此派。

綜上所述，權利者，享受特定利益之法律上之力也。

權利之目的爲利益。吾人爲自己之生存所要求一切之事物，稱爲生活貨物(Lebensgut)。而對其此生活貨物所有之利益，稱爲生活利益(Lebensinteresse)。法律承認此生活貨物，而施以保護時，則爲法律利益，卽法益(Rechtsgut)。吾人營社會生活時，對於物及其他日常生活資料之關係，須享受諸種之利益。法律卽保護此關係，俾個人以享受此等利益之力。故權利者，乃法律所賦與之力，俾個人享受特定之法律利益者也。

權利之本體，乃法律上之力(Rechtliche Macht)。法律上之力者，乃法律所賦與，而任法律上爲得以行使之力之意。故又稱爲法律上之能力(Fabigkeit, faculte)。或力之範圍(Machtskreis)。如所有權者，乃得爲物之使用，處分，收益，之法律上之力也。債權者，乃得請求他人之行爲之法律上之力也。法律俾所有權者或債權者以得爲此等行爲之力。此法律上之力，卽權利之本體也。

法律認權利之理由，非僅爲保護個人。結局以社會之維持及發達爲目的。故在合理的範圍內，方許權利之存在。

第二節　權利之分類

私權得以種種之標準而分類之。其重要者如次。

（一）絕對權及相對權 絕對權(AbsolutesRecht或稱為對世權Dingliches Recht)者，以一般人之不可侵義務為其成立要素之權利也。如物權是。相對權(Relatives Recht或稱為對人權 Personal Recht者，以特定人之義務為其成立要素之權利也。如債權是。

從來最普通之說明，皆謂絕對權者，乃對抗一般人之權利。相對權者，僅得對抗特定人之權利。然債權亦有不可侵性。若被第三人侵害時，亦可構成侵權行為。則此說明有欠正確。故絕對權者，以不可侵義務為其成立之要素。苟無此義務，即喪失絕對權之性質。反之。在相對權，雖不認一般人之不可侵義務。然對於特定人，尚得有權利之存在。

絕對權與相對權區別之第二要點，乃在排他性之有無也。如數人對於同一債務者，有要求為同一行為之債權並立存在時。則不因其成立時期之前後，而有效力之優劣。因債權無排他性故也。而物權則為具有排他性之權利。

（二）財產權親屬權繼承權人格權及社員權 此乃以權利內容之利益為標準之分類。為權利內容之有形無形利益，其種類甚多。茲所述者，僅及其主要者耳。若一併網羅分類時，則須採財產權與非財產權之形式。

（a）財產權 財產權者，以經濟的利益為目的之權利也。反對說者，則主張能為處分行為之客體者，為財產權。謂處分乃財產權之本質。而經濟利益，不過其通常所生之效果而已。此說尚未為一般學者所承認。

物權及債權，通常皆爲財產權。物權者，以對物享受一定利益爲內容之絕對權也。債權者，對於特定人要求其爲特定行爲（行爲不行爲或容忍）之相對權也。或謂普通之書信或愛人紀念之頭髮等，雖可成立物權。然無金錢上之價格。則債權之標的，是否須有金錢的價值，自古已有議論。（肯定說 Windscheid 否定說 Dernburg）德國民法對此無規定。而一般解釋，皆謂債權之標的，無須有金錢的價值。然不無反對說。我民法則以明文規定之。（一九九條）

債權之給付，雖不限於有財產價格。然不能即斷定債權爲非財產權也。繼承權雖通常算入財產權中，然不僅單純財產上之關係。又社員權不必皆爲財產權。如營利法人之社員權，雖爲財產權。但公益法人之社員權，則多爲非財產權也（Vcrmogensrecht）。無體財產權（Immaterial gueterreahb）者，存在於精神的產出物上之權利也。精神的產出物者，由著述發明等之精神的作用所制作之無體物也。（非指著書特許品等之有體物而言）。此種權利，多爲特別法所規定之財產權。即著作權特許權商標權等是也。其爲絕對權與物權相類似。但其不以有體物爲客體，則與物權異。

財產之種類，非盡於以上所述三種。此外尙有鑛業權漁業權之準物權。又形成權中，有財產之性質者不少。

（b）親屬權　親屬權者，由親屬關係所發生之權利也。以支配他人（在親屬關係中）爲

內容者，為絕對權。而以要求他人之行為為內容者，為相對權。此種權利之目的，在保護親屬上之身分。如親權是也。而相對權之親屬權，如受扶養之權利（一一一四條以下）與通常之親屬權是也。此種權利之內容，在要求他人之行為。故外國學者，多算入債權中。然應視為親屬權之一種為宜。而債權之規定，不過類推準用於此等權利而已。

（c）繼承權　繼承權者，存在於繼承人地位上之權利也。繼承權之意義有二。一為繼承開始後繼承人所有之權利。稱為狹義之繼承權。其他則為繼承開始前有得為繼承人之權利。後者之繼承權，不過為一種希望。但此希望，既為法律所保護。故為一種期待權，或希望權，而有權利之性質。

繼承開始後，繼承人所有之權利，通常以繼承財產為客體。故稱為繼承人對於繼承財產所有之權利。然對於繼承財產之繼承權，是否為單一之權利？則狹疑之點不少。如請求回復繼承財產之請求權，固未嘗不可認為獨立單一之請求權。但以視為由繼承財產之各個財產權所生之請求權為宜。若繼承財產之總財產上，不能認有一個之權利。則繼承人所有之權利，不過其所取得之各個財產之總合。不能別認其有獨立之權利。故繼承權者，乃指其應為繼承人之權利也。此說適與通說相反，其當否不無議論也。

（d）人格權　人格權亦有二義。一為以保護人格為內容之包括的權利（Recht der Personlichkeit）。一為以個人之利益為標的之各個權利（Personlichkeitrechte）。前者乃法律承

認自然人爲權利主體，而施以保護之單純靜的法律上之地位。稱爲權利，不甚適當。唯後之人格權，方能稱爲權利也。

人格權乃維持吾人之獨立生存所必要之權利。如吾人對於自己之姓名，有姓名權（Namenrecht, droit on nom）。姓名權者，自己得專用自己之姓名，倘被人侵害時，得請求屏除其侵害之權利也。德國民法十二條，瑞西民法二十九條，我民法四十條四十九條，皆以明文規定之。其他如生命身體自由名譽皆屬私權。侵害之者，亦可構成侵權行爲。而生命身體之可成立私權與否？依德國民法八二三條之解釋，有謂此兩者乃法律所保護之生活貨物。人不能對此享有權利（Ortmann等）。又有主張可認權利之存在者（Dornburg等）。考諸德國民法之立法沿革，似應採前說。然我民法之解釋，則應採後說。即關於生命身體等，亦有人格權也。又商號權，外國學者多視爲名稱權之一。而視爲人格權之一種。然登記後之商號專用權，須與特許權商標權等相並立而爲財產權也。

（e）社員權。社團法人之社員，對於法人有種種之權利。此等權利，總稱之爲社員權。如社員之利益分配請求權，表決權，執行業務權，監視權等屬之。社團法人與其社員之關係，乃社團與其構成分子之個人間之一種從屬的關係。不可與對等二人格者間之關係相同視。且社員權，以參與社團之事業爲其本質的內容。故非債權，乃一種特別之權利也。主張社員權非從來個人法上之權利，乃一種社會法上之權利者，首推德之Gierke氏。其說雖未可盡

行首肯。然社員權乃一特別之權利者，則無庸疑。

(三)再以權利之作用爲標準，更可爲左之分類。

(A)支配權 (Beherrschungsrecht) 支配權者，直接支配權利客體之權利也。若請求權，權利者欲享受其權利內容之利益時，須介入他人之行爲。而支配權則否。無待乎他人之行爲，權利者自能實現其利益之享受也。支配權之最著者爲物權。無體財產權，亦爲支配權。又親屬權中之親權，家長權，亦爲支配權。且具有請求權之性質者也。

支配權除支配作用外，同時有於自己之支配範圍內，禁止他人妨害之作用。此等禁止作用，學者多稱爲禁止權 (Verbietungsrecht)。但禁止之作用，不能離支配權而獨立存在。故不能認禁止權爲一種獨立之權利也。

(B)請求權 (Anspruch od, Anspruchsrecht) 請求權者，要求他人之行爲，卽行爲不行爲之權利也。其特點在欲實現權利標的之利益時，須介入他人之行爲。

請求權乃法律上之新觀念。Windscheid 氏之名著「羅馬私法之Actio」中始言之。故學說亦區區不一。氏說雖遭多少之反對。然於德國普通法時代，已得勢力。嗣爲德國民法所採用(百九十四條)。今已成爲法律上之觀念矣。然疑點尙多。關於此類之參考書甚多。就中以Lang-heineken, Anspruch und Einrede 1903. Hellwig, Anspruch Klagrecht 1900 兩書，尤爲詳細焉。

請求權係由權利發生。由物權及其他絕對權發生者，爲物權的請求權。由債權發生者，爲債權的請求權。而此等請求權，皆與其基本權不同，有獨立之存在。請求權既由基本權發生，故須以基本權之存在爲前提。然一經發生，則有獨立之存在。不與其基本權共其命運。故有基本權雖然存在，而其請求權歸於消滅者。或有僅讓與請求權者。以上所論，爲德法所公認。就中尤爲要重者，乃時效制度，其一九四條規定消滅時效之客體，乃請求權而非其基本之權利。基本權不消滅，而請求權亦能因時效而消滅。故頗有研究之必要。我民法一二五條之規定亦同。例如甲之所有物被乙占有時。若甲欲賃貸於丙，祇須將其對乙所有之請求權讓與丙。則丙即可請求乙交付其標的物。故甲不須讓與其所有權，而僅讓與其請求權。是請求權有獨立存在之證明也。但在債權請求權之讓與，即債權之讓與。請求權之主要者爲債權。至債權與請求權之關係若何？有解釋請求權爲債權之內容者。有解釋請求權乃由債權所流出者。其詳細應於債權法中研究之。茲解釋請求權爲債權之本質的內容，較爲妥當。

物權的請求權　物權的請求權者，由物權及其他支配權所生之請求權也。關於此點，用語不一。或謂由物權所生之請求權，方能稱爲物權的請求權者 (Windscheid)。此本來之語義也。然由其他之支配權所生之請求權，其與基本權之關係，與物權無少異。故須擴張其語義，俾得包含由人格權親屬權無體財產權等所生之請求權爲妥當也 (Enneccerus)。

物權的請求權分爲二種。

第一為物權及其他支配權所當然包含之多數請求權。此等請求權，皆為對人的。其內容為消極的。而以不妨害權利人對於客體之支配關係為趣旨。蓋物權之構造，可分為對人對物二方面。後者乃權利主體對於其客體之關係。以直接支配為其內容。而 Windscheid 氏則僅視此為一種事實關係。謂非物權之內容。因法規乃對人之準則。則法律關係，不可不為對人的故也。然對物支配之範圍，既明定於法律。自應成為物權之內容。又物權之第二內容，乃禁止他人妨害物之支配。此內容為對人的，且為對一般人的。而以對各人之不行為請求權為內容。即不行為請求權之集合也。

物權之對物方面，只有支配，而不生請求權。至對人方面。於物權成立時，即包含無數請求權。反對論者，謂物權的請求權僅能由侵害行為發生。其被侵害以前之請求權，乃一種觀念上之想像。既不能訴諸裁判。又不可為獨立讓與。是此請求權，不過基本權之別名，而無獨立之價值也 (Leonhard, Regelsberger)。此反對論殊為有力。然請求權之觀念，並不以在裁判上現實行使為必要。倘未發生訴權以前之請求權，不過在未實行之狀態耳 (Hellwig, Langheincken, Windscheid, Oertmann-Garaïs 反對說 Dernburg, Regelsberger)。由此觀之。自不能否認物權被侵害前之請求權之存在也。又有謂請求權之觀念，須包含即時行使之要素。此論尤為專斷。且民法中有於侵害前，亦得行使請求權者。如民法第九六二條之規定，「占有有被妨害之虞者，得請求防止其妨害」。此所謂占有保全之訴也。所謂占有權有被侵害

之處者，即指尙未侵害而言。故法律之精神，於侵害前，既認請求權之行使。尤足以證明侵害前之請求權之存在也。關於此點，日本川名博士謂禁止侵害之請求權，非存在於成立占有權之時。若將來有妨害占有之虞之事情時，方能發生云云。然侵害之虞之事情，祇可爲發生訴權之原因。訴權乃爲保護請求權（Rechtsschutzanspruch）而設。若訴權於有侵害之虞之時發生。則其前不能不有請求權之存在也。

第二種之物權的請求權，因物權之侵害而發生。分爲物之返還請求權，與妨害排除請求權。兩者皆爲物權者所應享有之狀態與現實之狀態有差異時所發生之權利。此種權利，或稱物上請求權。其性質爲準債權之特殊請求權也。而妨害行爲之不法，並非其必要之要件。不過妨害行爲有合法原因時，妨害者有抗辯權。能以此排斥物權者之請求耳。

物上請求權與物權之關係者何？學說不一。或以之爲物權之效力，不認其爲獨立之權利。或以之爲由物權所發生之獨立權利。然物上請求權，或要求所有物之返還，或要求妨害之除去等，乃以要求他人之積極行爲爲內容。物權則不能有此積極的內容。故物上請求權，雖發生於物權。然須解爲獨立之權利也。

物權被不法侵害時，發生請求金錢損害賠償之權利。此種權利，非物權的請求權。乃由物權所生之債權也。或有用物權的債權的請求權之名稱者，亦誤也。蓋其不以回復物權者所應享有之狀態爲內容，故非物權的請求權也。

債權的請求權　或視債權與由此所生之請求權爲同一者(Hellwig, Enneccerus, Kipp, Wirdscheid)誤也。若以債權與請求權爲同一，則無須特認請求權之觀念也。凡債權由二方面而成。一爲積極的對債務者請求給付。二爲消極的保持債務者所爲之給付。此兩者皆爲債權所包含之效力。然通常僅注重於積極的方面，而忽其消極的方面。蓋以後者爲自明之事理故也。是完全之債權，當然含有請求權也。(Regelsberger 以裁判上之即時行使爲請求權之要素。故附期限之債權，於期限到來時，發生請求權。此論亦不足採)。然請求權以外，尙有某權利之存在。故債權與請求權，並非同一。其現象於不完全債權即自然債務，尤爲顯著。在不完全債權，僅有消極方面作用。而缺積極方面作用即請求權。故債權人無進而爲請求之權利。既無請求之權利，卽不發生保護此種權利之訴權。換言之。不能提起給付之訴也。然債務者任意爲給付時，則其給付，仍爲保持債權之原因。不能以不當得利爲理由，而請求返還。此卽所謂無請求權之權利也。故兩者之非同一，由此可以證明。

請求權之客體

作爲請求權　以義務者之行爲爲請求權之客體時，其行爲有一回終了者。有於一定期間繼續者。又有於一定期間反復數回者。此後之二例，卽發生請求權是否爲單一或多數問題？及是否繼續發生之問題？此問題於請求權之發生時期最有關係。故關於清償時期及時效之起算點等，頗爲重要。然此問題須依請求權之發生原因而決定之。若其原因爲單一，則其所

發生之請求權亦爲單一。縱其給付分爲數回或繼續，請求權仍爲單一。但其原因之爲單一與否？須細心觀察之。若僅就外形上之現象以施判斷，則易陷於謬誤。而對於請求權之基本權之爲單一與否？亦須注意。若外形上之原因爲單一，而因此所毀損之權利有數個時。則有數個之原因。而發生數個之請求權（Hellwig）。如以一行爲而毀損某物，而因此發生所有權及占有權之侵害時，則請求權之發生原因有二。故發生所有權之訴（本權之訴）與占有權之訴。然請求權於不害其本來之同一性之範圍內，亦可認其客體之減縮。如三年間之雇傭契約，既已經過一年時，其請求之客體，減少三分之一是也。其他如一部清償亦然。如多數原因依次發生時，則其請求權亦因之依次發生。此等繼續的或反復的行爲，須視爲多數行爲。各自相應獨立而爲請求權之客體。故現在之請求權雖經發生，且値清償期。而將來之請求權，猶未發生也。如法律上之扶養義務，其適例也（Planck, Endemann）。至以繼續的行爲侵害物權及其他支配權時，則因此所發生之請求權，爲侵害開始之一個請求權乎？抑於侵害行爲繼續中，迭次發生乎？須依各事例之解釋而決定之。若因權利人之任意行爲，而致物權發生不滿之狀態時（如租賃），原則上屬於前者，若因不法侵害時，則屬於後者。

不作爲之請求權　以義務者之不作爲爲請求權之客體時，有於一定期間內一回不行爲，即可終了者。有須數回反復者。又有於一定期間內繼續者。後者二例之請求權之爲單一與否？須視請求權發生原因之爲單一與否而決定之。與前所述同。

請求權之保護　請求權乃要求行爲不行爲之權利。一値清償期，卽得行使之。但卽時行使，並非請求權之要件者，已於前述。蓋未到清償期之請求權，仍能存在故也。不過請求權一到清償期，卽可受法律之保護。而發生訴權。訴權(Rlsgerecht od Rechtsschutzanspruch)者，乃對於國家要求一定判決之公權。其爲權公與否？抑爲獨立之權利與否？可參考 Oertmann Garais,S.597 及 Hellwig,Lehrbuch 1,S.148)。而請求權乃對相對人之私權。二者不可混同也。

(C)形成權 (Gestaltungsrecht)　形成權者，因一方面的意思表示，而生一定法律效果(卽他權利之創設變更消滅)之權利也。如撤銷權抵銷權及解除權等是。此種權利，爲從來學者所忽略。或否認其有權利之性質。獨德之 Zitelmann 分私權爲得爲權 (Darfrecht) 要爲權 (Sollrecht) 及能爲權 (Kannrecht,Recht des rechtlichen Konnens) 三種。以自己之行爲，而生有利於自己之法律上效力之權利，稱爲能爲權。(同氏國際私法論)。Hellwig 大體贊成之。而用變更權 (Recht auf Rechtsanderung) 之名稱(同氏民事訴訟法論)。獨 Seckel 以單行論文而研究此種權利。遂命名爲形成權。嗣後 Oertmann 亦用之。而各學者所例舉之此種權利之範圍，殊不一致。由此可知學者之研究，尚未臻完備也。又近世學者中，猶有否認形成權者。如 Koller 謂形成權不過爲權利之作用，卽權能。而非獨立之權利。但撤銷權解除權等文字，屢見於各國民法條文中。是已顯認形成權爲一種獨立之權利矣。

形成權有創設權利者。如向第三人爲給付之契約，第三人對於承諾人表示享受其利益之權利是也。有變更權利者。如選擇債權之選擇權是也。不過消滅權利之時最多耳。多數學者，將因先占之取得，亦算入形成權中。殊不足採。

形成權非支配權。因無被支配之客體故也。又非請求權，因其不請求他人之行爲故也。又形成權無與其相對立之義務。其行使僅依權利人之一方的意思表示。而其相對人並不負何等相對的義務也。

（D）抗辯權(Einrede) 對於請求權，法律有時與債務者以拒絕其請求之權利。此種反對權(Gegenrecht)稱爲抗辯權。又稱爲請求拒絕權。

抗辯權並非要求他人之行爲。故非請求權。至其是否屬於形成權之一種，德國學者間之議論，尚不一致。然行使抗辯與否？法律效果，大相殊懸。解釋上當認爲以拒絕請求爲內容之特種形成權也。

抗辯權僅可以其反對的效力以妨凝相對人之請求權之效力。而不能消滅其請求權。此乃抗辯權與所謂權利滅却之異議(Rechtsverneinende Einwendung)相異之點也。如受返還貸金之請求者，以消費貸借契約之無效爲理由，或以業經清償爲理由，而主張返還請求權之不存在時。乃權利滅却之異議。而非抗辯權之作用。反之。以於他人之土地上有地上權或租賃權爲理由，而拒絕返還所有物請求時，則爲抗辯權之作用也。

對於相對人之抗辯權，請求者有再抗辯權（Replik）。再抗辯權，乃對於抗辯權之反對權。其性質與抗辯權同。

抗辯權須與訴訟法上之抗辯相區別。訴訟法上之抗辯者，乃指被告所援用之一切防禦方法而言。故權利否認之異議，亦爲訴訟法上抗辯之一。

（4）一身專屬權與非一身專屬權　乃權利與其主體之關係密切與否之區別也。所謂專屬之關係，有指權利之歸屬者，與不然者。故一身專屬權之意義有二。關於繼承之權利，乃屬於前者。關於債權人代位之權利，乃屬於後者。（二四二條）

（5）主權利從權利　從權利者，與他之權利有從屬關係之權利也。主權利者，則無此等從屬關係之權利也。從權利與主權利之關係，須就各種從權利而研究之。

從權利須與權能（Befugnisse）相區別。權能者，乃權利之內容，與本權利不可分離而獨立存在者也。如所有權者所有之使用權，收益權，處分權，乃權能而非權利也。

第五章　民法上之義務

義務者，法律上受一定行爲或不行爲之拘束之謂也。行爲義務，乃積極的義務。不行爲義務，乃消極的義務。權利以利益爲內容。而義務則以不利益爲內容。權利者有享有利益之自由。而義務者則反受不利益之拘束。

權利與義務，以互相對立爲常態，在債權法中，此關係尤爲顯著。然此僅爲常態。不無例外。如撤銷權解除權等之形成權，則無與此相對立之義務者也。

法律由義務本位而進於權利本位者，素爲法理學者所主張。而現行民法，雖採權利本位之法典，而不着眼於社會利益及團體利益者，殆爲今日所罕見。故於解釋法律之標準及立法之標準，今後益傾向於社會本位者，尤爲顯著之事實也。

本論

第一章　權利之主體

第一節　總說

得享有權利之資格（法律上之地位）曰權利能力。（Rechts'ahigkeit）。而有此資格者，爲權利主體。

權利主體有二義，一指有特定權利之權利人而言。一指一般有權利資格者而言。茲所謂權利主體者，乃後者之意義也。

得享有權利者，皆得爲義務主體。得爲義務主體者，在近世法律上，皆得爲權利主體。故所謂權利能力義務能力，又權利義務能力，其意義並無差異。不過我民法採權利本位而已。

所謂權利能力，亦得稱爲權利乎？學者中雖亦有主張其爲權利者。然權利能力，乃純粹靜的法律上之地位。且不以特定利益爲內容。故不能謂爲權利也。

權利主體，乃法律上之地位。故須爲法律所賦與。而權利主體之有自然人與法人之區別者，並非謂前者無法律即不能爲權利主體。後者乃純然爲法律所製作者也。

分權利能力爲一般的權利能力與特定的權利能力。前者乃對於一般之權利，得爲其主體之資格。後者乃對於特定之權利，得爲其主體之資格也。關於一般的權利能力，在自然人與法人，本國人與外國人之間，雖無差異。而關於特定的權利能力，則有差異也。

權利能力，須與行爲能力（Handlungsfahigkeit）相區別。行爲能力者，以自己之行爲，得惹起法律上之效果之地位也。故無權利能力者，雖通常無行爲能力。而有權利能力者，未必盡有行爲能力也。如未成年人及禁治產人，雖有權利能力，尚無行爲能力是也。至何人方有權利能力，一依法律之規定。或謂人有天賦之權利能力，此乃政治論，而非法律論也。

關於權利能力之法規，乃強行法規。蓋何人方得爲權利義務之主體者，乃直接關係公共秩序之問題。此類法規，不能不爲強行法規也。是以不得以個人之合意，賦與剝奪或變更其權利能力。又不能依與我國不同之外國法，以定其權利能力。如外國法認奴隸時，尚一旦來我國則即須認其爲權利主體也。

第二節 自然人

第一款 權利能力

公權中有非達某年齡而不能享有者。而私法上之權利能力，雖爲法律所賦與。然不須何等賦與之形式。無論何人，於出生時，皆得享有之。

古時有奴隸制度。對於奴隸，不認其有權利能力。此制度被自然法學派之力所擊破。迨

十九世紀半葉，舉凡文明國中，已無奴隸之存在。然當時猶恐有人懷疑。於是以明文規定，凡人類皆有權利能力（如墺民十六條）。瑞西新民法第十一條，亦規定人皆有權利能力。於法兩之範圍內，得爲權利義務主體之平等能力。然自然人之有權利能力，已爲爾後文明國所共認。故在今日，已成爲當然之事理。無待乎明文規定。我民法之未行規定，亦此理也。故無內外男女年齡之差別，凡屬人類，皆有權利能力。現在成爲研究之問題者，唯在其始期及終期兩點。

權利能力，始於完全出生之時（六條）。出生乃權利能力之始期也。故何時出生，在法律上，尤其在繼承法上，頗爲重要之問題也。

出生之第一要件，乃胎兒全部脫離母體。但臍帶之分離與否？並非必要。此要件乃羅馬法以來所公認。據近時醫學上之研究，胎兒雖未與母體分離。苟能營獨立之呼吸，即能起獨立之血行，而爲獨立之有機體。學者有採此醫學上之見解，以決出生之時期者。又在刑法上，通說皆謂胎兒不須完全脫離母體。僅其一部出母體時，亦可爲殺人罪之客體。德國民法第一艸案規定權利能力，始於出生。因恐滋疑義。後改爲始於完全出生。蓋採羅馬法以來之主義也。瑞民法規定權利能力始於完全出生（德民一條瑞新民三十一條一項），亦同一趣旨也。我民法（六條）但僅規定權利能力始於出生。然解釋上，自應解爲完全出生也。

出生之第二要件，仍胎兒於出生完全之時，須爲生存也。蓋自然人之人格之基礎，在於

生存之人類。此條件之必要，不言自明。故死產兒縱脫離母體，不能謂爲出生。反之。苟能於出生完全之時生存者，後雖即時死亡。法律於其生存之瞬間，仍認其人格之存在。至檢驗其出生完全時之生存與否？據醫學研究之結果，須視其出生完全時，能否營獨立呼吸而決定。或有以開目發聲爲要件者，究爲無根據之說。不足採也。

我民法之所謂完全出生之條件，已如上述。外國法有以有生育能力爲必要者。如法民三一四條是也。所謂生育能力，乃指有生育之希望而言。無生育能力者，稱爲不熟兒(Abortus)。縱令於出生之際曾生存，終不能生育長成而爲社會之一分子。故不能爲權利主體。此論雖不無多少理由。然施之實際，則有非常之弊端。決定不熟兒之標準亦有二說。一爲須於其出生時，視其身體全部機關之發育如何而決定之。如此。則於出產之瞬間，即須爲身體檢査。不僅不勝其煩。且其認定，甚屬困難。到底非普通庸醫所能勝任。況一旦所認定之不熟兒，偶因撫養得宜，而生育長成時，則能力問題，將何以解決乎？其第二說，則用形式論。謂由妊娠之時起，未經過百八十一日者，爲不熟兒。依此說，則決定受胎之時日，既感困難。若於出生後，依醫生之鑑定。而決定其是否經過該項期間，又與前說生同一之弊端。故以此不確定之標準，而決定權利能力之有無？頗爲危險。我民法不採用之，洵爲得當也。

羅馬法及普魯士國法(第一章自十七條至二十二條)規定生兒須具備人類之外形。若未具備人類之外形，則稱爲畸形兒(Monstrum)。而不賦與權利能力。此論固不無多少理由。然

其形狀至如何程度與人不同時？方能視爲畸形兒，而不賦與權利能力。其標準甚爲困難也。且依最近醫學上研究之結果。苟爲由人身所分離者，決不至產生如羅馬之所謂畸形兒。則此條件之根據，當然自歸消滅。嗣後普魯士國法，亦因此理由削除此種規定。我民法之解釋，苟爲母體所產生之嬰兒，不問其形狀如何？皆有權利能力。又互相連接之雙生兒，醫學上視爲二個有機體。則法律上須視爲二個人格者也。而普通之雙生兒，則以先脫母體者爲長。至中性兒（Zwitter）之能產生與否？既爲現代醫學所否認。法律上亦不認其中性的效果。故有疑問時，須從主要性質而決定其爲男抑爲女也。

權利能力，既始於出生。則胎兒自不能爲權利主體。蓋胎兒於出生前，乃母體之一部。不能有獨立之存在故也。然若貫徹此原則時，則脫兒之利益，將蒙不當之損失。諸國法制，其範圍雖有廣狹之差，對此無不設多少例外。爲保護胎兒之利益計，或視爲既生。或僅於特定之時，保護之。民法第七條規定，胎兒以將來非死產者爲限，關於其個人利益之保護，視爲既生。

胎兒視爲既生時，其在法律上之地位若何？學說不一。少數學者，主張胎兒出生前，既有權利能力。倘以死體分娩時，則溯及的喪失其能力（法國學者多主張之）。然通說反是。謂胎兒於出生前，並無權利能力。至其出生完全時，方溯及的取得權利能力（德國通說）。其結果雖有種種之差異。大體以通說爲優。以人之出生事實爲前提，而主張某法律效果之發生者

，須負證明之責任。法律關於出生之證據，未設何等之限制。故當事者須依諸種之事實而證明之。

第一項　權利能力之消滅

人之權利能力，旣以出生爲其始期。自應以其死亡爲其終期。故死亡乃權利能力消滅之原因也。權利能力之始期，各國民法，多明文規定之。而關於其終期，除瑞民（三十一條）外，多未置明文者。蓋死亡爲權利能力消滅之原因，乃當然之理。無待明文規定故也。我民法則做瑞士立法例，亦規定之（六條）。

關於死亡，據醫學之研究，以心臟及呼吸作用之絕對停止之時，爲死亡時期。但一時在假死之狀態者，固未能視爲死亡。而生權利能力之中斷也。又民法所設死亡宣告之規定（五七條五八條），乃一種推定。一旦有生存之反對事實時，仍可請求撤銷死亡之宣告。非眞正之死亡也。

權利能力終了之原因，僅限於死亡。因法律不認無權利能力之人故也。羅馬法曾以人格大減等爲權利能力終了之原因。德國古法，亦認人格之剝奪。迄於近世，所謂民事上之死亡（Buergerlicher Tod, Mort civill）之制度，尙存在於諸國。且有認僧尼之權利能力之喪失或限制者。然在今日，此等法制已絕跡矣。

人之出生及死亡之事實，法律旣未限定證明之方法。則無論用何種方法，皆可證明之。

至其證明之責任，自應歸主張特定事實之人負擔，固不待言也。法法系之法律，關於人之身分之事項，原則上須依身分登記簿以證明之。

關於死亡，外國法有設生存之推定或死亡之推定者不少。如逾一定之年齡者，推定其為生存。又逾一定年齡者，推定其為死亡之類是也。又關於共同遭危難之人數之死亡時期。多設推定規定。如羅馬法父子共同遭難時，子為未成年，則推定於先父死亡。為成年，則推定於後父死亡。法國民法效之。關於死亡之先後，設詳細之規定（參照民法七二〇條乃至七二二條）。反之。德國民法，則推定其為同時死亡（德民二〇條參照）。瑞西民法，則更進一步。一般不能證明死亡之先後者，推定其為同時死亡（瑞新民三二條二項參照）。我民法亦規，二人同時遇難，不能證明其死亡之先後時，推定其為同時死亡（十一條）。

第二項　外國人之權利能力

（1）外國人無權利主義　上古之國家，大抵不認外國人之權利能力。如印度埃及羅馬與古代之日耳曼，莫不皆然。至其不與權利能力之理由，雖區區不一。其最普通者，大抵出於宗教的排外思想。蓋一國或一民族，皆有一定宗教，其當時之國家或民族，皆以宗教為基礎而組織之。所謂神教政治（Theocray 之時代是也。各種法律，莫不出於宗教之教義。外國人之宗教，既不相同。其不能受法律之保護，寧屬當然也。

（2）相互主義　破壞無權利主義之最大原動力，為國際通商之發達。蓋欲期國際通商之

繁榮，於優外國人之待遇，以廣招來外，別無良策。在此時代，其保護外國人思想，雖已成熟。但其形式，全出於恩惠。此時外國人之地位，不僅遠在內國人下，且隨時得剝奪之。

所謂互相主義，其源乃發於恩惠主義。蓋外國人不能當然在內國享有權利。祇能因恩惠主義受保護而已。故外國苟能對於居留其國之自國人施以保護，則自國亦對於在自國內之外國人，與以同等之保護。此種思想，乃恩惠之交換。即今日所盛行之相互主義之起源也。在互相主義時代，雖認外國人之一般的權利能力。至認特定之權利能力與否？又有條約互相主義，與法律相互主義之別。條約相互主義者，以條約而彼此互認外國人之權利能力也。法律相互主義者，以法律而彼此互認外國人之權利能力也。法國則採前之主義。奧則採後之主義也。

（3）平等主義　此主義自十九世紀之中葉，因國際通商之必要，方次第為世界所承認。現在文明諸國，大半採用之，所謂平等主義者，內外人間原則上不設差別之主義也，一八二九年之荷蘭民法（二條），首先規定。一八六九年之意大利民法（三條）效之。嗣後德民瑞民，皆視此原則為自明之理。德國民法施行法三十一條之規定，「若外國制限德國人之私權時，則德國首相，得經聯邦議會之協贊，對該外國人，行其報復權」（Vergeltungsrecht, Retorsionsrecht）。但各國情形不同，風俗各異。對此原則，不無少有限制。如日本民法第二條規定，外國人除法令或條約之禁止外，得享有權利。我民法總則施行法第二條規定，外國人於

法令限制內，有權利能力。但此種規定，是否應置於施行法中，不無攷慮之餘地。

所謂外國人者，無我國國籍之人也。各國國籍法，既不相同。其互相衝突之結果，往往生無任何國籍之無國籍人，與有二國以上之國籍之重複國籍人。無我國國籍者，則不問其有否外國國籍，皆當視為外國人。若有中國籍，雖同時有外國國籍，亦當視為中國人，而不當視為外國人也。故欲定外國人之意義，須先知何者為中國人。所謂外國人，亦可依中國人之意義，而消極的確定之。

(1)父為中國人，又父無可考，或無國籍，母為中國人，又父母均無可考，或均無國籍，生於中國地者，其子因出生取得中國國籍(國籍法一條)。

(2)外國人為中國人之妻者，則因婚姻取得中國國籍(同二條一項)。

(3)外國人中經國人之父或母認知者，則因認知取得中國國籍(同二條三項)。

(4)外國人為中國人之養子或歸化於中國人，亦得取中國國籍(同二條四項五項)。

(5)歸化人之妻，或其未成年之子，與其夫或父母同時取得中國國籍(同第八條)

(6)因特定原因，喪失中國國籍者，若具備法定條件，得回復中國國籍(同十五條)。

喪失中國國籍之原因如左。

(1)中國女人為外國人之妻，自願脫離國籍經內政部之許可者、喪失中國國籍(同十條一項)。

（2）父爲外國人，經其父認知者，又父無可考，或未認知，母爲外人國。經其母認知者，喪失中國國籍（同十條二項三項）。

（3）自願取得外國國籍者，經內政部之許可者，喪失中國國籍「同十條二項三項」

除上述之各種原因外，領土之割讓及國家之合併，亦可爲國籍之取得喪失之原因。茲不贅述。

中國人喪失中國國籍時，即一變而爲外國人。其結果。外國人所不能享有之權利，當然不能享有。但法律爲此等喪失國籍人之便宜計，特設規定。「喪失國籍人，在喪失國籍前，已享有前項權利者，若喪失國籍後，一年內不讓與中國人時，歸屬於國庫」（同十四條）。原則上，外國人不能享有公權。而私法上之外國人之行爲能力，依其本國法以決定之（法律適用條例五條）。其侵權行爲，原則上依行爲地法以決定之（同二十五條）。又外國法人，非茲所謂外國人。關於外國法人之意義種類及權利能力等，當於法人章述之。

至關於敵國人之私權，則有戰時絕交主義與對敵自由貿易主義。大體之趨勢，雖由前者漸進於後者。但此次歐洲大戰，適成正反對之傾向。而採對敵禁止交易之主義矣。

第二款 行爲能力

行爲能力(Goschaftsfahigkeit, Capocity for rights, disposing Capacity)者，爲法律行爲之能力也。換言之。即以自己之意思表示，而能成立有效法律行爲之法律上之地位也。廣義

之行爲能力(Handlungsfahigkeit)包含侵權行爲能力即責任能力(Deliktsfahigkeit odes Verantwörtlichkeit, Zurechnungsfahigkeit)。而狹義之行爲能力，則專指法律行爲能力而言。玆所論者，乃狹義之行爲能力。而責任能力，當於債編中論之。

行爲能力與意思能力(Willensfahigkeit)有別。意思能力者，作成正常(Normal)意思之心理上之能力也。包含正常之認識力與預期力。意思能力乃心理上之能力。而行爲能力乃法律上之能力也。故有行爲能力者，必有意思能力。而有意思能力者，未必有行爲能力也。

法律行爲能力受限制之人，稱爲無能力人。即因法律之規定而限制其獨斷爲有效法律行爲之能力者是也。限制法律行爲能力之主義有二。其一認法律上絕對無能力人與限定能力人兩種。其他則僅認法律上限制能力人一種。而對於絕對無能力人，則不置明文。德國民法(一〇四條一〇五條一〇六條一一四條一九〇六條)採前之主義。法國民法(一一二三條以下)則採後之主義。我民法則純倣德國立法例也。

民法規定之無能力人，爲未成年人禁治產人二種。

行爲能力又分爲一般行爲能力，與特別行爲能力。前者乃爲一般法律行爲之能力，後者乃爲特殊行爲之能力也。總則編所規定之無能力人，乃指一般行爲能力受限制而言。至關於特殊行爲，則不少例外。或加重行爲能力之要件(一一〇一條)。或輕減之(九八〇條一一八六條)。後者概係身分上之行爲。縱無此種特別規定，學者亦主張原則上不應適用總則編行

爲能力之規定。而須以事實上之意思能力爲標準也。

關於行爲能力之規定，乃強行法規。不得以契約使有能力者爲無能力。使無能力者爲有能力。但不爲一定行爲之契約，乃負擔不作爲債務之契約，並非限制行爲能力。其有效自不待言。

關於行爲能力存否之舉證責任，應主張爲無能力之人負擔。蓋關於各個之法律行爲，行爲者之爲有能力人，固爲其發生效力之要件。但此要件，乃一般要件。原則上行爲者自應具備之。故主張法律行爲之爲有效者，不負特證明自己之有行爲能力之責任也。

法律行爲能力乃汎指私法上之行爲能力而言。不僅民法上之法律行爲也。至商法及其他私法的特別法所規定之法律行爲，亦須適用民法中之能力規定。如關於票據行爲，德國票據法，雖另有能力之規定。究基於立法沿革之特別理由。不足爲訓。然關於公法上之行爲，則不適用此種能力規定。如訴訟行爲，雖爲之者爲私人。但非私法上之行爲。乃一種公法上之行爲。則自己或使訴訟代理人所爲之訴訟之能力。即訴訟能力 (Prozessfahigkeit) ，原則上與法律行爲無何等關係。唯立法之便利上，以私法上之法律行爲能力，爲決定訴訟能力有無之標準而已。例如德國民事訴訟法五十二條規定，負担契約上之義務者，於其限度內，於訴訟能力。奧國民事訴訟法第一條之趣旨亦同。我民事訴訟法第四十三條規定，能獨立以法律行爲負義務者，有訴訟能力。我民法關於無能力人之規定，係採諸德民。茲分爲二。

(一)絕對無能力（Geschaftsunfahigkeit） 未滿七歲之未成年人，因心神耗弱，受禁治產之宣告人屬之。此等人之行為，法律上絕不認其有能力。其所為之法律行為，完全無效(十三條一項)。

(二)相對無能力(Der in der Geschaftsfahigkeit beschrankte oder Beschranktegeschafsf-abigkeit)滿七歲之未成年人屬之。其所為之法律行為，應得法定代理人之允許，否則無效。故稱為限制能力人(restricted capacity)（十三條二項）。

第一項　未成年人

人類知識經驗之發達，與年齡並進。劃一定之時期為成年期。而於前後之行為能力，設巨大之差異。在理論上，不無非難之餘地。且實際上每迫於家庭之事情，縱未達成年，亦往往須使其有行為能力之必要。德國民法，為避此理論之非難，與實際上之不便，設成年宣告(Volljahrigkeitserklarung）之制。我民法則規定未成年人已結婚者有行為能力(十三條三項)。然為保護未成年並為其日常生活之法律關係計，又不能不設劃一制度。此成年制之所以設也。

分別成年與未成年，而定行為能力之差異者，各國法律，均無二致。惟關於未成年人（Minderjahriger, mineur, infant or minor）則有左列二制。

(1)復級制　凡未成年人，以年齡之長幼，別為數級。其能力之範圍，按級擴充。由漸

而進，以達於成年。此制創自羅馬。以二十五歲為成年。其未及成年之人，分為三級。自出生至七歲曰幼年。為絕對無能力人。男子自七歲至十四歲，女子自七歲至十二歲，曰少年。自十二歲至二十五歲曰熟年。得為法律行為。但認為於己不利時，得撤銷之。然於未撤銷前，其行為仍為有效。能力之擴充與年齡俱進，可概見矣。今之採複級制者，為奧國德國及我民法。德國民法，將未成年人別為兩種。其一，未滿七歲之未成年人，是為無能力人。其二，七歲以上之未成年人，是為限制能力人。所謂限制能力人者，既非如未滿七歲之完全無能力。亦非如成年人之完全有能力。蓋介乎兩者之間者也。瑞士民法。分未成年人為有判別能力與無判別能力兩種。其無判斷力者，與德國之未滿七歲之未成年人相當。其有判斷力者，與德國之滿七歲之未成年人相當。其所採之標準，雖異於複級制。然其細別未成年人之能力，則一也。

(2)單級制　凡未達成年之人，概視為無行為能力。而於未成年人中，不再設等級以細別其行為能力。質言之。對於未滿七歲之人，法律不預定其有否行為能力。蓋純然以為事實問題也。採此制者，為法國意大利日本及英美等國。

未成年人之別於成年人，略於上述。然亦有因年齡限制之免除，或婚姻之結果，亦得享有成年人全部或一部之能力者。茲分別論之。

(1)年齡限制之免除　將達成年之人，(各國法律規定，其年限不同。)因特別情形，

或因其知識之發達，或爲亦財產之利益，得免除其年齡之限制。俾享有成年人之能力。古羅馬法男子達二十歲。女子達十八歲，得聲請國王免除其年齡之限制。免除後，除關於不動產之移轉外，其能力殆與成年人無異。今歐西各國，多沿用之。而略爲變通。其方法有二。

（A）自治產　達十五歲之未成年人之父或母或其親族會，得依法定條件，及法定程序，宣告其爲自治產人。採此制者，爲法國及法法系諸國。

（B）成年宣告　達十八歲之未成年人，得依法定條件，及法定程序，得由監護法院或行政官署。宣告其爲成年人。採此制者，有德國及瑞士等國。

以上兩制，用意雖同。而效力則異。蓋自治產人，祇取得管理財產之能力。而此能力，復有限制。此外則與其他未成年人無異。若夫被宣告成年者，則逕取得成年人之法律上之地位矣。此其相異點也。總之。年齡限制之免除，無論自治制或成年宣告，皆所以濟法定年齡之窮。善法也。惟英美日本及我民法無之。是則立法之不同耳。

（2）婚姻之結果　未成年人之男子，於婚姻後，當然取得成年人全部或一部之能力。採此制者，爲法伊荷瑞士及我國。無此制者，爲羅馬德日等國。我民法第十三條第三項規定，未成年人已結婚者，有行爲能力。民法對於妻之能力，既未加何等限制。則茲所謂限制能力人，不僅限於男子也。但婚姻年齡，應規於親屬法中。我民法以男子十八歲女子十六歲爲婚姻適齡「九八〇條」。

民法十二條規定，滿二十歲爲成年。其計算之法，自出生之日起算「一二四條」。未滿七歲之未成年人，完全無行爲能力。不僅其所爲之意思表示，不能生法律上之效力。亦無受他人意思表示之能力。凡一切法律行爲，須由其法定代理人爲之「七四條七五條」。已滿七歲之未成年人，稱爲限制能力人。原則上除純獲法律上之利益，或依其年齡身分日常生活所必需者，得單獨行爲之外。其他之一切法律行爲，則須經法定代理人之允許。否則無效（一七七條）。

關於成年年齡，各國法制，規定不一。丁抹以二十五歲爲成年。奧大利以二十四歲爲成年。和蘭西班牙以二十三歲，英法德意大利及其他多數國，以二十一歲爲成年。以二十歲爲成年者，唯瑞士日本及我國而已。

未成年人之法定代理人，有代未成年人爲法律行爲之權限，與補充未成年人之能力之權限。所謂代理權，應限於管理未成年人之財產與代理關於其財產之法律行爲。而關於未成年人之身分上之行爲，原則上無代理權也。所謂能力補充權者，乃對於限制能力人之行爲，與以允許。俾得成爲完全有效之法律行爲之權限也。此權限，法定代理人以自己之名義行使之。故與普通之代理權異。

允許乃法律行爲。且爲有相對人之單獨行爲。故法律行爲及意思表示之規定，皆可適用於允許。不過允許常伴有他人之行爲，而非獨立之法律行爲。須稱爲補充的法律行爲（Huel-

fsrechtsgeschaft oder ergänzendes Rechtsgeschaft）。允許（Einwilligung）既爲能力補充行爲。性質上須行之於事前。卽允許須於限制能力人爲法律行爲之前，或與其行爲同時爲之。若限制能力人既爲法律行爲之後。則已無允許之餘地。法定代理人若欲使其行爲有效，則須採承認（卽追認）之形式。法律既區別允許與承認，則事後之允許，自不能生允許之效力也。至關於允許之方式，法律既無規定。則與一般之法律行爲同，得以明示或默示之意思表示爲之。對於限制能力人所爲之允許，其有效自不待言。然對於相對人所爲之允許則如何？德國民法（第一八二條）規定，仍爲有效。我民法之解釋，允許既爲補充能力之行爲，自不應否認此種允許之效力。且縱認此種允許之效力，亦不致有損於限制能力人，況相對人普通多相信法定代理人之允許，而與限制能力人爲法律行爲。則法律對於此種相對人，殊有保護之必要。故我民法之解釋上，法定代理人對於相對人所表示之允許，自應有效也。

允許概對於每個法律行爲爲之。然是否可爲包括的允許，由八十四條八十五條之關係研究之，似不能爲包括的允許。然此二條之規定，乃指關於不能預料之行爲所爲之包括的允許而言。則依反對解釋，對於可能預料之行爲所爲之包括的允許，自不能使其無效。蓋對於不可預料之各個行爲，漫然與以包括的允許時，固不適於法律之所以保護限制能力人之趣旨，若使其有效，則八十四條八十五條，將等於虛設。然如就學旅行等，所可預料之各個行爲，於包括的允許時，不能不解爲有效也。

法定代理人若欲撤回其允許時，須事前爲之。若限制能力人得其允許，而爲法律行爲之後。則不能撤回。蓋允許僅爲補充限制能力人之能力，非與法定代理人以代爲法律行爲之權利也。關於撤回及其方式，法律既無規定。解釋上以意思表示所爲之允許，須以意思表示撤回（Widerruf）之。而以意思表示對於相對人所爲之允許，固稍有疑問，然亦須對相對人以意思表示撤回之。

意思之欠缺。詐欺，脅迫，善意，惡意等之問題，須分別限制能力人之行爲與法定代理人之允許而決定之。因此等原因，或足以使允許無效或得撤銷。而限制能力人之行爲，不能謂爲因此卽當然無效也。

限制能力人未經法定代理人之允許所爲之法律行爲，雖爲無效。然爲他人之代理人所爲之法律行爲，仍爲有效。民法第百零四條規定，代理人所爲或所受意思表示之效力，不因其爲限制能力人而受影響。蓋法律限制未成年人能力者，乃爲保護其利益。而爲他人之代理人所爲之行爲，乃對於委任代理人之本人生效。其效力並不能及於限制能力人也。

左例行爲，無須得法定代理人之允許。

（一）關於純獲法律上之利益，或依其年齡及身分日常生活所必需之行爲，限制能力人得獨斷爲之。無須得法定代理人之允許（七七條）。所謂純獲法律上利益之行爲，乃指單純取得法律上之權利，及免除法律上義務之行爲而言。蓋此等行爲，限制能力人旣不受何等法律

上之拘束。且不憂財產上之損失故也。所謂取得權利之行爲者，如自己爲受贈者而爲贈與契約是。但有負擔的贈與，則受贈者亦須負義務。故限制能力人不能獨斷爲之。又單純取得權利，亦不能以經濟上之利益之有無爲標準。須就當該法律行爲而決定之。如以五十元購買價值百元之動產，在經濟上固有利益之可云。然在法律上，猶須負擔支付五十元價金之義務。故不能謂爲單純取得權利之行爲也。免除義務之行爲者，如因片務契約或不完全契約，負擔一方的義務時，而解除其契約是也。但純粹之免除，乃債權者之單獨行爲。固無須乎爲債務人之限制能力人之行爲。亦非茲所謂免除義務之行爲也。又如抵銷，雖足以免除義務。但自己之權利，亦因此消滅。亦不能謂爲單純免除義務之行爲也。由此觀之。則一切之雙務契約，有償契約，皆非茲所謂取得權利免除義務之行爲也。又限制權利人之權利義務，因法律行爲而發生時，苟其基本之法律行爲(Grundgeschaft, Causalgeschaft)，已得法定代理人之允許。則其允許，解釋上應及於由基本行爲所發生之權利義務之實行行爲(Vollzugsgeschaft, Leistungsgeschaft)。如限制能力人爲買主，而爲買賣行爲，已得法定代理人之允許時。則受領買賣標的物之讓與行爲，亦應視爲已得法定代理人之允許。又爲賣主之買賣行爲，已得法定代理人之允許時。則支付價金之行爲，亦應視爲已得其允許也。

限制能力人所爲之日常細微之行爲，若一一須經法定代理人之允許，不僅不堪其煩。且有害相對人之利益。故法律規定限制能力人依其年齡身分日常生活所必需要者　無須得法代

理人之允許。英法(Infants Relief Act1874)規定未成年人購買必需品(Necessaries)之行爲爲有效。適與本條之趣旨相同。所謂必要品之認定困難，因爲英法主義之缺點。但其長處，能使購買一切必要品之債權契約爲有效。我民法上之日常生活所必需之行爲，雖大半爲購買必要品之行爲。但不僅限於此等行爲也。

(二)法定代理人允許限制能力人處分之財產，限制能力人就該財產，有處分之能力(八十四條)。

法定代理人所允許處分之財產，有預定處分之目的者，有未預定處分之目的者。前者唯於其所指定之目的範圍內，得隨意處分之。如爲旅行或購買書籍之目的所允許其許分之金錢，則於其該目的範圍內，得隨意處分之是也。後者則未成年人得自由處分之。如處分法定代理人所給與之零用錢是也。以上所述二者，皆須限定財產之範圍。若允許其全財產之處分，則等於能力限制之解除。非民法所許也。

處分者，移轉財產上之權利之行爲也。得爲處分行爲者，當然得爲管理行爲。又當然得爲處分前提之債權行爲。故限制能力人，除得將其被允許處分之財產，讓與於他人外。又得貸借於他人。又得負擔讓與之債務。

限制能力人有被允許處分之財產，而締結債權契約，以該財產淸償其債務時。則債權契約及淸償行爲，皆爲有效。但尚未有被允許處分之財產，而締結債權契約，因以負擔債務(

如定做衣服）。嗣後以其允許處分之財產以清償之，則如何？解釋上固有議論。然亦須解爲有效也。

法定代理人允許處分以外之財產，則限制能力人無論如何，不得隨意處分之。如限制能力人所受他人之贈與金，或由自己之勞務所得之工資，非經允許，不得處分是也，不過法定代理人允許限制能力爲他人服勞務時，多同時有得處分其報酬之默示的意思表示耳。

由法定代理人允許處分之財產所取得之財產，未成年人亦得隨意處分之。如賣却以學資金所購買之書籍，而更以其所得之金錢購買其他書籍是也。

法定代理人允許限制能力人獨立營業者，限制能力人關於其營業，與成年人有同一能力。但嗣後有不勝任情形，法定代理人得撤銷或限制其允許（八十五條一項二項）。所謂成年制，係以普通一般人之發育爲標準。平均未達此成年年齡者，爲不適於獨立爲法律行爲之未成年人。但各人之實際發育，既有遲早之不同。且每迫於家政上之事情，殊有使限制能力人獨立營業之必要。若其營業既已得法定代理人之允許，則關於其營業之種種行爲，猶須一一經其法定代理人之允許，將不堪其煩。又若以未得法定代理人允許使其行爲無效時，則他人將不敢與未成年人交易。故多數國家，皆設此種擴張未成年人能力之規定。但諸國法，多限於商業及其他特定營業。我民法係倣德民百十二條之規定，係指各種營業而言也。

營業允許，乃擴張未成年人之能力（Erweiterung der Geschaftsfahigkeit）之行爲。法定

代理人予以允許之後，則限制能力人於其營業之範圍內，完全有行爲能力。或以營業允許爲概括的允許者，誤也。故法定代理人於爲營業允許時，不得保留營業中某種行爲之同意權。又關於營業範圍內之行爲，無法定代理權。

營業之允許，不要何種方式。但須對未成年人表示之。德國民法之解釋，有主張營業之允許、乃無相對人之行爲者，不足採也。

又營業之種類，無須限定。法文上，所謂獨立營業，解釋上當指其種類無限制之各種營業而言。

營業（Erwerbsgeschäft）者，經營職業之謂也。其範圍不僅限於商業，舉凡其他如農業礦業林業漁業等，皆包含之。又不妨爲科學上或藝術上之營業。

營業須爲同種而互相連續之一團之行爲。若僅各個之營利行爲，則不能稱爲營業也。又其一團之行爲，不必長期繼續。如博覽會期中之賣店，仍不失爲營業也。總之。營業者，以得收入爲目的而有預定計劃之一團行爲也。

未成年人經營商業時，須依商法之規定，而爲登記。又行政規則規定營特定營業人之資格時，則爲此特定營業，須經官署之允許。

允許爲獨立營業之限制能力人，關於營業，與成年人有同一能力。故限制能力人關於其營業所爲之行爲，完全有效。又他人關於其營業對於未成年人所爲之行爲，亦完全有效。不

能適用七十八條及七十九條之規定也。

限制能力人所爲之行爲，是否爲關於其營業之行爲？不能以主觀的卽限制能力人之意思爲標準。須依客觀的卽依社會之見解而決定之。苟客觀的非關於其營業之行爲時，縱限制能力人明言其行爲之爲關於其營業，亦不能謂爲關於其營業之行爲也。如經營布疋商之限制能力人，購買酒類是。此時是否能適用八十三條之規定，使其行爲仍然有效？自爲別問題也。

關於其營業之行爲者，不僅指行爲屬於營業部類而言。至爲其營業之準備行爲，及補助行爲，亦可謂爲關於其營業之行爲也。如布疋商買賣布疋，固屬營業部類之行爲。至其他關於營業之準備行爲，及補助行爲，如租借舖面，僱使用人，締結運送保險契約等，亦爲關於其營業之行爲也。至爲自己生活之行爲若何？議論不一。須視其行爲與營業是否有不可分離之關係以爲斷。如營業之限制能力人爲自己或其使用人購買食料品，固可謂爲屬於營業之行爲。而購買別莊，則不然也。具備以上之要件時，則限制能力人所爲之行爲，是否爲契約？抑爲單獨行爲？爲有償行爲？抑爲無償行爲？對於限制能力之人，是否有利？或是否適合於法定代理人之意思？非所問也。

法定代理人允許限制能力人獨立營業時，則關於其營業行爲，是否喪失其代理權。換言之。法定代理人爲營業之允許後，自己是否尙得代爲關於限制能力人之營業行爲。通說皆謂法定代理人喪失其代理權。蓋營業之允許，乃擴張限制能力人之能力。則在限制能力人之能

力擴張範圍內，法定代理人自應喪失其代理權。唯得以允許之撤銷及限制以恢復之耳。

得允許之未成年人，有不勝營業情形時，其法定代理人得撤銷其允許或限制之（八十五條二項）。所謂有不勝營業情形者，因限制能力人之能力有不勝營業之結果，致招失敗或蒙損失之謂也。限制能力人在營業上，雖博大利。若因浪費，至影響於其營業上之財產時，亦可謂為有不勝營業之情形也。

允許撤銷者，允許之撤回（Ruecknahme）之謂。非使其允許從始無效。乃向將來消滅其能力之擴張也。故一一四條之規定，不能適用。

允許之限制，乃允許之一部之撤回。其效果之不能溯及既往，與允許之撤銷同。因允許之限制，限制能力人之營業範圍，固行縮小。但仍不失為被允許獨立營業之限制能力人。故不能附以特定行為，須經法定代理人允許之限制。

允許之撤銷及限制，乃縮小已擴張之限制能力人之能力之全部或一部。故其撤銷及限制之效力，無論對於何人，皆得對抗。如第三人不知其允許之撤銷或限制，而與限制能力人為交易時，則其交易行為，亦可得無效。自應受七十八條七十九條之適用。但有八十三條情形者，不在此限。關於商業，則非將允許之撤銷或限制登記及公告後，不能對抗善意第三人

至女子在法律上之地位若何？上古母權最盛時代，女子之地位概優於男子。如古時之埃及女子有優先順位之繼承權是也。此種風俗，在今日之印度，亞非利加，猶有存在之痕跡。

自母權衰微。女子之地位概較男子爲劣。如羅馬古代，凡女子須置監護人。洎 Justinian 帝時，男女在私法上之地位，始無多大懸殊。迨及近世。男女在公私上之差異雖巨。然在私法上，關於私權之享有及行使，通常與男子無甚差異。唯在婚姻中之女子卽妻 (La femme, marie'e, married woman, Ehefrau)，各國民法對其行爲能力，莫不加多少限制。至其限制之程度，則各國立法例不一，德國及奧國民法，雖認妻之完全能力。然關於個個行爲，猶附以多少限制。瑞士民法亦認妻之能力。但經營職業時，原則上須得夫之同意。英國普通法，妻因婚姻之結果，與夫合爲一體。而喪失能力。嗣後由一八八二年一八九三年之妻財產法 (Married Women's Property Act) 及判例，妻完全有能力。唯關於各個行，受多少之限制而已。反之。法國及法法系民法，妻之能力之限制最大。不僅舉一切重要行爲，須得夫之同意 Autorisation)。且於夫在處刑禁治產失蹤未成年期內，並須得法院之允許(法民二一五條以下參照)。嗣後妻之能力雖依特別法及判例，多少擴充。然其限制猶巨。日本民法及我國舊民律草案，對於妻之能力，亦設巨大之限制。而以妻爲限制能力人。舉凡一切重要行爲，皆須得夫之允許。現行民法，根據國民黨男女平等之原則，對於妻之能力，不設何等限制。而開世界未有之先例矣。

第二項　禁治產人

禁治產人者 (Entmuendigter, interdit)，以精神喪失或精神耗弱爲理由，而受禁治產之

宣告者之謂也。

無意思能力者，不得為法律行為。縱為之，在法律上不能有效者，已於前述。然在行為當時，欲證明意思能力之有無，殊屬困難。若委之於事實問題，則精神病人，在精神喪失中所為之行為，將大半不能主張無效。又第三人每誤認無意思能力人為常人，而與之交易。迨事後被其主張無效，勢必因此而蒙損失。且無意思能力人使用他人為法律行為時，其本人是否有意思能力，殊難判別。故民法設禁治產之制度，使受禁治產之宣告人為無能力人。以保護其利益，及一般交易之安全。

禁治產之制度，為現在多數國家所採用。古羅馬法，依精神病之程度而區別之。其甚者稱為 Furiosi。其程度低者稱為 Dementes 或 Mente Capti 或 Insani。法國民法，除禁治產外。又設準禁治產之制度。法院於駁斥禁治產之聲請時，若一旦認為必要，得對於被聲請人附以保佐人（Conseil judiciaire）。關於特定行為，非得保佐人之助力（Assistance），不得為之。又對於浪費人，亦得因聲請而為同樣之宣告（法民四九九條五一三條以下）。日本民法倣之。使精神病人為禁治產人。而以精神耗弱人聾者啞者盲者浪費者為準禁治產人即限制能力人。德民法對精神病人，亦置監護人。現代德國民法，對於精神病人心神耗弱人浪費者酒狂者(Trunksuechtiger)得宣告禁治產。除因精神病之禁治產外。其他之禁治產人為限制能力人。又對於盲者聾者啞者及其他精神上肉體上之不具者。得其同意，得置保護人(Pfleger)

（德民六條一一四條一九一〇條）。瑞士民法，除精神病人精神耗弱人外，對於浪費者酒狂者得宣告禁治產，而以有判斷能力之禁治產人爲限制能力人。非經法定代理人之允許，不得爲負擔義務之行爲。我民法雖倣德瑞立法例，設禁治產之制度。而以受禁治產宣告之人。爲絕對無能力人。

禁治產之原因，乃心神喪失及精神耗弱致不能處理自己之事務。所謂心神喪失（Beständigkeit, etat hubituel）者，即繼續的在無意思能力之狀態也。故因癲癇大醉發熱等，僅一時的心神喪失，不能爲禁治產之原因。然心神喪失原因，不以絕對的無間斷的繼續存在爲必要若因精神病之結果，而屢陷於心神喪失之狀態時，即可爲宣告禁治產之原因。法國民法（四八九條）以常有瘋癲白癡之情形者，爲禁治產人。德國民法則以精神病人（Geisteskrankheit）爲絕對無能力之禁治產人。以精神耗弱人（Geistesschwache）爲限制能力之禁治產人。

苟常有心神喪失之情形，則不問其精神病之種類，及其發生之原因若何，皆得宣告禁治產。如生而爲精病神人，至中年而爲精神病人，無恢復希望之精神病人等，皆得宣告爲禁治產人是也。日本民法以心神耗弱爲準禁治產之原因（十一條）。德民則以心神耗弱爲限制能力人之禁治產人（一一四條）。所謂心神喪失與心神耗弱之差異若何？在德國民法之解釋，此兩者之差異。果爲性質的？抑爲數量的？已議論紛紛。少數學者，謂此兩者乃性質上之區別。精神病乃病之變態。而心神耗弱人之精神，仍在普通狀態。不過較普通人爲遲鈍講。然

遍說則謂兩者幷非性質上之區別。乃程度之差異。反之。法國學者，則謂心神耗弱者不過精神作用之耗弱，非全然缺乏識別力也。然以意思能力之缺欠，爲禁治產之要件，未免失之狹隘。德國民法草案，曾以缺乏識別力爲禁治產之要件，卒未採用。又在第二委員會有提議「因精神病而不能爲自由意思決定之結果，致不能執掌其事務」爲要件，亦遭排斥者，蓋爲此也。在立法論上，寧以瑞士民法不分精神病與精神耗弱，均以爲禁治產之原因，而施以同一待遇爲當。我民法倣瑞士立法例。以心神喪失及精神耗弱爲絕對無能力之禁治產人。故心神喪失精神耗弱，在我民法上已無區別之實益矣。

有心神喪失及精神耗弱致不能處理自己事務之情形，自得爲宣告禁治產之原因。其受宣告人，須爲成年人與否？則非所問也。關於此點，各國法制不一。和蘭民法，不許對未成年人宣告禁治產。伊大利民法，除自治產之未成年人及成年前一年之未成年人外，亦不認未成年人之禁治產。反之。德國瑞士民法，則認未成年人之禁治產。法國民法，雖僅認成年人之禁治產。但學者及判例，皆一致認未成年人之禁治產。我民法未成年人與禁治產人之能力，既不相同。而精神病之未成年人，於其達成年以前，殊有令其爲禁治產者之必要。故應得使未成年人爲禁治產人也。

禁治產之宣告，因本人配偶最近親屬二人之聲請，於法院爲之（十四條）。蓋禁治產之聲請，往往出於一己之利慾。故民法一面使與心神喪失人有密切關係之人，始有聲請之權。

一面使法院得以審查情形而决斷之。不必盡容其請求也。第使本人得有聲請者，蓋心神喪失人於回復本心時，有設法保護自己利益之必要。其次使配偶最近親屬二人爲聲請者，蓋此等人與心神喪失人有密切之關係。實爲保護其利益最適當之故也。禁治產人無行爲能力（十五條）。其所爲之意思表示無效（七十五條）。一切法律行爲，須由其法定代理人爲之（七十六條）。關於爲禁治產宣告之管轄法院，及其聲請等程序，規定於民事訴訟法之人事訴訟程序中。法院於受理宣告禁治產之决定後，須布告之（人訴五五九條五六七條）。蓋以俾第三人得知爲禁治產人故也。

禁治產之宣告，有創設的效力。卽無論何人，非經禁治產之宣告，不得爲禁治產人。而受禁治產之宣告人，非撤銷其宣告，不得爲非禁治產人。縱令其心神喪失及精神耗弱之情形，業已消滅，或證明其業經消滅。亦不得爲非禁治產人也。又禁治產之效力，無論對於何人，皆能發生。亦無論何人，亦得援用之。且對之不得爭執。

關於外國人之禁治產，凡在中國有住所或居所之外國人，依其本國法及中國法，同有禁治產之原因者，得宣告禁治產（法律適用條例七條）。

民法總則施行前有民法總則第十四條所定之原因，經聲請官署立案者，如於民法總則施行後三個月內向法院聲請宣告禁治者，自立案之日起視爲禁治產人（民法總則施行法第四條）。

禁治產之原因消滅時，須依民事訴訟律規定，撤銷宣告（十四條二項）。禁治產宣告撤銷之要件，乃禁治產之原因之消滅。即禁治產人之心神喪失與精神耗弱之情形，已經消滅是也。故精神病人僅一時恢復其意思能力，不得聲請撤銷禁治產之宣告。但其精神之痊愈，亦不必須確保其永久也。

撤銷禁治產宣告之行為，乃國家之公法的行為。自不能適用一一四條之規定。且縱令其為私法的行為，其所謂撤銷，即廢止（Wiederaufhebung）禁治產之意義。與有瑕疵行為之撤銷之觀念，自有不同。故在撤銷前，法定代理人為禁治產人所為之行為，仍為有效。而禁治產人所為之行為，仍為無效也。

以上所述乃說明禁治產宣告之撤銷。但特別訴訟程序，尚規定有對於禁治產宣告不服之訴（Anfechtungsklage）（特訴五七一條以下）。法院若認其訴有理由時，得以判決撤銷禁治產之決定（特訴五七七條）。由此不服之訴而撤銷禁治產宣告之決定。與禁治產宣告之撤銷不同，乃以消滅禁治產宣告之效力為目的。並非為恢復禁治產人之能力。當然有溯及效。故禁治產之宣告撤銷前，禁治產人所為之行為，不能以禁治產為理由而主張無效（特訴五七八條二項）。此與禁治產宣告之撤銷不同之點也。然法律為保護第三人之利益及交易之安全，使撤銷前法定代理人所為之行為，仍不失其效力（特訴五七八條一項）。

第三項　限制能力人之相對人之地位

限制能力人未得法定代理人之允許，所爲之單獨行爲無效（七十八條）。其所訂立之契約，須經法定代理人之承認，始發生效力（七十九條）。但相對人若知其未得允許，於契約未經承認前，得撤回之（八十二條）。若相對人不爲撤回，則有確定其契約之效力，或使其溯及消滅之權利者，併屬於當事人之一方。法律之設此規定，固爲保護限制能力人之利益，與應社會之需要。然此等不確定之法律狀態，長期繼續時。則其相對人將蒙不測之損失。且於社會之公益，大有妨礙。是以民法斟酌外國立法例，對於限制能力人之相對人，設保護之法。予相對人以催告權及否認撤銷權。分述如次。

（1）催告權　限制能力人之相對人，得定一月以上之期間，催告法定代理人確答是否承認（八十條一項）。所謂事實上之催告，相對人亦無妨爲之。然法定代理人對於此種催告，不與回答時，法律上不生何等效果。而本條所規定之催告，則與此異。若法定代理人不回答時，亦生一定法律效果。此以確定其法律關係。即於前項期間內，法定代理人不爲確答者。視爲拒絕承認（八十條二項）。如此，限制能力人之相對人，因法律之規定，而有催告之權利。此種權利，性質上屬於形成權也。

催告（Aufforderung）者，乃要求相對人之行爲之意思通知也（Willensmitteilung）。此行爲，雖能生一定法律效果。但此效果，不必爲行爲人所預期或欲求。故非法律行爲。又非意思表示。不過關於意思通知，法律無規定。不能不類推適用意思表示之規定耳。

限制能力人尙未成爲有能力以前，其相對人向之所爲之催告，自不能發生催告之效力。但於限制能力人於限制因消滅後，相對人亦得定一月以上之期間，向本人爲催告。令其對於所訂立之契約，確答是否承認。若受催告之人，於該期間內不爲確答，視爲拒絕承認（八十一條二項）。若予以承認，則其承認與法定代理人之承認有同一之效力（八十一條一項）。一月以上之確答期間，須由催告發生效力之時起算。卽須由該催告之通知達到於相對人之時起算。又此期間之計算法，須從一一九條以下之規定。若對於非對話者所爲之催告，須計其應達到之時日而定一月以上之適當期間。故催告人所定期間未逹一月，或未定期間時，則不能生催告之效力也。

受催告人，對於催告發承認或拒絕之意思表示時，卽生承認或拒絕之效果。此效果乃承認或拒絕之效果。而非催告之效果，催告之效果，乃受催告者無何等意思表示時，所發生之效果也。

（2）否認撤銷權　限制能力人，用詐術使人信其爲有行爲能力，或已得法定代理人之允許者，其法律行爲爲有效（八十三條）。限制能力人使用詐術，使人信其爲有能力人。則該限制能力人，自應負損害賠償之責任。而損害賠償，通常須以金錢計算。其賠償數額，往往不易確定。殊不足以十分保護相對人之利益。然其損害之發生，究由於該法律行爲之無效。若一旦不許該行爲無效。則限制能力人，既可免賠償責任。而其相對人又可受十分保護。爲

雙方利益計，爲免損害賠償數額算定之煩雜計，故法律予相對人以否認撤銷權。

本條立法，係採諸法法系之規定。法國民法。未成年人由自己之侵權行爲或準侵權行爲（delit ou quasi-delit）所負擔之債務，無撤銷權（民法一三〇七條一三一〇條）。而此規定，因學說及判例之力，已擴充適用於所有限制能力人矣。

所謂使人信其爲有能力人者，不必須使人信其爲一般能力人。如使人信其對於該行爲爲有能力人，即可構成詐術。又所謂詐術，不僅限制能力人須有詐欺之故意。凡須積極的使用詐欺手段。如限制能力人僞造法定代理人允許之證書，而僞證其爲成年人是也。倘單告以自己已達成年，則尙未達使用詐術之程度。又相對人須陷於詐術而爲行爲。此要件法律雖未明言。然相對人倘知其爲限制能力，或其所爲之行爲，與限制能力人之詐術無關係時。則該限制能力人自不能負詐術責任也。

第三款　住所

住所（Domicilium, domicile, Wohnsitz, domrcil）者，以久住之意思　而居住於一定地域之謂也（二十條）

以若何方法，判定住所？立法例有二。一由形式上觀察。以各人之本籍地爲住所。一由事實上立論。以各人生活之中心點爲住所。後者爲近世諸國法律所採用。昔法國學者，謂住所者，即各人居住及業務之根據地。德國學者中，謂住所者，各人生活關係之中心地（Lit-

punkt der Lebensverhältnisse einer Person）或各人法律之中心地（Mittelpunkt des rechtlichen Beziehungen einer Person）。其趣旨大略相同。蓋在昔交通不便，本籍地與生活之根據地，常相一致。縱依形式主義。不感若何不便。迨及近世。交通便利。貿易頻繁。所謂本籍地與事實上生活之根據地，往往不同。甚至應視為住所之本籍地，生平未一次涉足者有之。以如此關係淺薄之地，附以住所之重要法律效果。其不當自不待言。此民法所以特設規定也。

住所係指一定地域？抑係指地域與人之關係？學說上不無議論。究以地域之說為妥。但約法上之家宅與刑法上之第宅，係指具體的住宅而言。與民法上之住所稍異。

設定住址時，除定住之事實外，是否須有定住之意思？法意日本等國之民法，以各人生活之根據地，即生活關係之中心點，為住所。不問其有否定住意思。反之。德民（七條）瑞民（二十三條）皆採意思主義。我民法效之。

一、住所之設定（Begründung）住所之設定，須具備主觀及客觀二要件。詳言之。即有以一定地域為其生活之根據之意思（所謂住所意思Domizilwille）。及為實現其意思而居住於一定地域是也。如具備此二要件。即可謂為設定住所。而於某期間內是否有繼續居住之事實，並非必要。法國民法，關於住所之變更雖規定須備此二要件（法民一〇三條至一〇五）。但住所之變更，畢竟係舊住所之廢止與新住所之設定耳。

住所之設定，既須有設定之意思與定住之事實。則僅以長期間繼續居住於一定地域之事實，固不能謂爲設定住所也。如病人在病院，兵士在兵營，水兵在軍艦，囚徒在監獄，不能謂爲設定住所也。又如學生居於學校所在地，僕婢及其他使用人寄住於主人之住宅，苟無設定以此爲住所之意思，固不能謂爲設定住所也。關於此點。瑞士民法以明文規定，不能視爲住所之設定（瑞民二十六條）

住所之設定，祇須有設定之意思，與定住之事實。固無須有獨立之住宅（Wohnung）。故寄居於他人之住宅或旅館棧房等，亦不妨設定住所。又事實上無須繼續居住。故行商人縱終年在外行商，亦得有住所也。

住所之設定，既須有設定意思。則無意思能力人，自不能設定住所。德國民法規定，絕對無能力人或限制能力人，若無法定代理人之同意，不能設定或廢止住所（德民八條）。我民法雖無與此相當之規定。然無行爲能力人及限制行爲能力人，以其法定代理人之住所爲住所（二十一條）

住所之設定，非法律行爲。蓋因由設定住所所發生之法律效果，與設定者之欲望無關故也。而此種行爲爲準法律行爲，抑爲事實行爲？則不無疑問。德國學者有主張其爲準法律行爲者。然須視爲如無因管理乃以某意思爲要件之事實行爲，較爲妥當也。

民法第二十條二項規定，一人同時不得有二住所，係倣英法立法例也。而德國民法，本

其固有之習慣，一人得同時有數個住所。我民法則因此制度，徒使法律關係複雜。無裨實際。故特設此限制。

人是否得無住所？須依各國之成法而定。法國學者，則不認無住所人。因民法第一百零二條規定，人皆須有住所故也。我民法既無此規定。自不能為同一解釋。且是否有住所？純係事實問題。尚未設定住所，自為無住所人。如浮浪人或輾轉移轉各地之工人是也。

二，住所之廢止　住所之廢止，亦須有廢止之意思（Aufgabewille），與其實現行為之二要件。故僅有中斷居住之事實，不能謂為住所之廢止也。如閉鎖住宅，往世界漫遊之人，苟無廢止之意思，固不能謂為住所之廢止也（二十四條）。

三，住所之變更　住所之變更（Changement）者，廢止舊住所，同時即設定新住所之謂也。是為住所移轉。法國民法，僅關於住所之變更有特別規定。故法國學者，常專就住所之變更以說明之。

住所與居所及營業所不同。居所者，乃事實上居住之場所。不以意思為要件。營業所者，乃商業及其他營業之中心點。故居所與營業所固有時與住所一致。有時則不同。

四，住所在法律上之效力　略舉如次

（1）關於審判之管轄　在訴訟法上，以住所為定審判管轄之標準（民訴一條二條）。其他關於裁判上之期間，亦與住所有關係。

(2)關於債務之履行　債務履行，原則上於債權人之住所地爲之(三一四條)。又繼承開始地，亦爲被繼承人之住所地，(民訴一六條)。

(3)關於票據之事項　凡票據上權利之行使，常與住所有關係。

(4)關於破產　在破產法上，以住所定破產審判管轄之標準(破產法人第二條)。

(5)關於國際私法　在國際私法上，所謂適用準據法之標準，因當事人住所而定者甚多(法律適用條例二條)。

(6)關於國籍之取得　凡欲取得中國國籍者，以在中國有住所爲原則。其喪失國籍而欲回復者，亦同(國籍法四條十六條)。

(7)爲失蹤之標準。

除以上所列舉者外，住所在公法上之效果。亦復不少。玆不贅述。

住所無可考者，以居所視爲住所(二十二條一款)。雖有住所而不知，或全無住所者，均爲住所無可考。視居所爲住所者，非以居所爲法定住所。不過就住所所應發生之法律關係，使就居所發生之之謂也。在中國無住所者，不問其爲外國人中國人，均以在中國之居所爲住所。但依住所地法者，不在此限(二十二條二款)。

五，法定住所　法定住所者，不問當事人之意思者何？因法律之規定，視爲當事人之住所之謂也。如無能力人及限制能力人，以其法定代理人之住所爲住所(二十一條)。法人以其

主事務所所在地爲住所是也(二十九條)。

，假住所　假住所者，當事人因特別行爲，所選定之住所，法律就該特定行爲，視爲住所者也（二十三條）。假住所之制度，爲法法系之法律所採用。法國學者，稱之爲選擇住所(domicile d'election, domicile elu)（法民一一一條）。德國除從來實行法國民法之地域及Baden外，不認假住所之制度(德民施一五七條同理由書二四九頁以下)

假住所者，不過法律關於特定之行爲，視爲住所而已。非眞正之住所也。法國學者，動輒分住所爲通常住所(domicile ordinaire)及特別住所(domicile special)。以假住所爲特別住所中之主要者。然畢竟不過將住所一語，用之於廣義而已。其所謂通常住所，即指眞正之住所。特別住所，乃指關於特定行爲所選定之住所而言也。

假住所之選定與否？全係當事人之自由。民事訴訟法及刑事訴訟法，雖規定於法定之時，訴訟當事人或關係人須選定假住所。然此種假住所，僅爲訴訟書類文件送達之處所。與民法上之假住所不同也。

茲舉例以示假住所之實際的效用。如南京之甲，上海之乙，北平之丙，三人締結合夥契約。乙丙關於其契約，選定南京律師丁之住所爲假住所時，則當事人之訴訟，當屬於同一法院之管轄。其他由契約所生之法律關係，即關於通知請償等，皆可於假住所爲之。

假住所之選定，常出於當事人間之契約。且此契約，通常與本契約或法律行爲同時締結

之。然並不以同時締結為必要。故於訂立某契約或為某法律行為之後，而締結選定假住所之契約，亦事所恆有者。

當事人所選定之假住所，固通常在其住所以外。但亦有時豫想當事人之死亡及轉居，故意關於特定行為，選定其住所為假住所者。此為法國學說及判例所公認者也。

假住所之選定，得以明示或默示之意思表示為之。法國民法第十一條規定以證書方能選假住所。我民法既無規定。解釋上不無議論。然以默示之意思表示所選定之假住所，自應不能否認其假住所之效力。不過實際上以明示或以書面選定假住所者為多耳。

就某行為選定假住所時，則就該行為，視為住所。即就該行為所選定之假住所。與住所有同一之效力。但假住所之選定，通常係為相對人之利益。故相對人可隨意利用本住所及假住所。例如上海之甲，選定南京之假住所時。其相對人乙，可隨意訴甲於上海法院或南京法院。然假住所之選定，係為當事人雙方之利益時。則關於特定行為，自應將本住所除外也。選定特定人之住所為假住所，且該特定人，加以承諾時。依法國學說。該特定人為選定人之受任人。對委任人（即選定人）須負受通知或受文件之送達，而轉送於委任人之義務。然此乃事實問題。不過委任契約，多與選定假住所之契約同時締結而已。

第四款　失蹤及死亡宣告（Verschollenheit, Todeserklarung, absence）

失蹤者，離去向來之住所或居所，而生死不明之謂也。故一須有離去住所或居所之事實

。二須生死不明。即離去住所之後，毫無音信，生死存亡，無從查訪也。失蹤人之財產親屬繼承等種種法律關係，均陷於不確定之狀態。此種狀態，長期繼續時，甚有害於公益。故法律設一定期間以確定其法律關係。此失蹤制度之所由設也。

在羅馬法中，無失蹤之特別法制。僅對於戰時在國外之俘擄，於財產法及親屬法中，設二三之特別規定。蓋當時法官，採廣汎之自由採證主義。容易為死亡之判定。故法律上無須有死亡推定之制度也。

在近代法中，英國之失踪制度，極不明瞭。即七年間無生存之音信者，法律推定其為死亡。但於七年內何時死亡，則無推定之規定。又縱令無生存之音信，若有尚生存之事實，亦不許為死亡之推定。

關於失蹤之大陸法制，大別為德法二主義。法國法對於生死不明之不在人(absent)，分為三期。第一期法律推定其尚生存。然為失蹤人之利益計，使法院干涉其財產之管理。而置財產管理人。若未置財產管理人之不在人，四年以上，已置財產管理人之不在人，十年以上，尚無生存之通知時。得請求為失踪之宣告(Declaration d'absence)。受此宣告之人，稱為第二期之不在人。法律導推定其為死亡，使繼承人為財產之假占有(Possession provisoire)。失蹤宣告後，經過三十年，或達百歲以上之不在人，法律為更強之死亡推定。使從假占有為確定占有(Possession definitif)。然失蹤人，在法律上仍非真正死亡也(法民一一二條以

下）。

反之。德國民法，從來依死亡宣告(Todeserklarung)而爲死亡之推定(一三條以下)。此外奧民(二四條)瑞民(三五條以下)及我民法，均採此主義。但瑞民之所謂失蹤宣告(Verschollenkeitserklarung)，是否爲死亡之推定？不無疑義。

德國普通法時代，關於死亡宣告之條件，有二主義。所謂沙克遜主義(Sachsiches System)，即生死不明之失蹤人，其年齡以七十歲以上爲條件。西勒經主義(Schlesiches System)，以由失蹤人最後之音信時起經過十年，自失蹤時起經過三十年，爲條件。現行法中，奧國民法併用此二種主義。德國民法，原則採西勒經主義。對於十年以十無生存之音信者，得爲死亡之宣告。而對於七十歲以上之失蹤人，則縮短期間爲五年。民法係倣德國立法例也。

外國人生死不明時，法院僅得就在我國之財產，及依我國法律之法律關係，得爲死亡之宣告。又外國法院對於我國人之失蹤宣告，不能在我國發生效力。

關於對於失蹤人，須干涉其財產之管理。蓋失蹤人所遺留財產之滅失毀損，不僅爲本人及其利害關係人之不利。而由國家公益上亦有防止之必要。故民法特設規定。於失蹤人失蹤後，未受死亡宣告前，依非訟事件法(十條)。管理其財產。此種規定略與法民關於第一期失蹤人之規定相當。

德國民法，對於所在不明之不在人，或不能歸宅及不能爲財產之管理之不在人，關於財產

管理人（Pfleger）。瑞民大略相同。

一，死亡宣告　死亡宣告者，對於長期生死不明之失踪人，爲死亡之宣告也。其要件有四。

（一）須爲失踪　失踪者，離去向來之住所或居所而生死不明之謂也。瑞民第三十四條「雖無人見其屍體。但在可信爲確實死亡情况中失踪者，其死亡視爲已證明」之規定。即此意也。

（二）失踪須經過法定期間　普過期間爲十年。自最後音信之日起計。若失踪人在七十歲以上者，其期間縮短爲五年。特別期間，即因特別災難而失踪者，爲三年。自災難消弭後起算（八條）。若不問年齡之老幼，其失踪期間一律劃爲十年時。在立法論上，頗不適當。故德國民法第十四條規定，未成年人於達成年以前，其失踪期間縱已經過十年，亦不能爲死亡宣告。我民法則僅規定年齡逾七十歲以上之失踪人，若經過滿五年之失踪期間，得爲死亡宣告而已。

災難失踪（Unfall oder Gefahrverschollenheit）之規定，乃一八八一年十二月奧國維因某戲院被焚時所制定。後爲奧國失踪法及德國民法所採用。我民法之災難範圍，既無限制。不問其係由戰爭或船舶之沉沒，抑由於洪水地震海嘯及其他一般的災難，苟係對於特定人所生者，均包含之。但須證明失踪人已遭遇災難方可。若僅證明失踪人身入可以發生災難之地

域，則尙嫌不足。關於此點。不無反對說。例如赴北極探險之人，有主張亦可適用災難失踪之規定者，不足採也。

(三)須有利害關係人之聲請　　茲所謂利害關係人者，乃對於受死亡宣告人有法律上利害關係之人也。然失踪人之受死亡宣告，雖與公益有關。然影響於私人之利害感情甚巨。故檢察官自無請求爲死亡宣告之權。如失踪人之子及配偶者，正從事尋覓蹤跡之時。突然以公權力爲死亡宣告，殊有背乎人情故也。

所謂利害關係人，如失踪人之繼承人，配偶者，法定代理人，財產管理人，受遺贈人，因失踪人之死亡而取得保險金者是。又失踪人之債務人，若能因失踪人之死亡，而得免除其債務，亦得爲利害關係人。至國庫雖因失踪人之死亡，關於遺產及無人承繼之財產等，有重大關係。然如前述，與檢察官同一理由，國庫亦不能以利害關係人之資格，而請求法院爲死亡原告也。又二人以上同時遇難，不能證明其死亡之先後時，推定其爲同時死亡(十一條)。

(四)法院須爲公示催告　　公示催告，須記明失踪人務於其期間內呈報其生存。及知失踪人之死亡者，呈報法院(民訴五八九條)。公示催告之期間，爲六個月以上(民訴五九〇條)。但失踪人已達百歲者，其期間可縮短爲二個月(民訴五九踪條)。

二、死亡宣告之效果及其效果發生之時期　　死亡宣告之效果，與自然死亡同。即法關係因死亡而發生者，至是亦隨之而發生。因死亡而消滅者，至者亦隨之而消滅。故死亡宣告

，有絕對的效力。不但對於失踪人及聲請人發生。至對於一切利害關係人，亦能發生。惟須注意者，死亡宣告旣係基於推定，仍許提出反證，將推定變更之。至關於死亡之時期，各國立法例不一。

（1）法國意大利和蘭等法法系諸國，依失踪之時或最後音信之時，而定其繼承人。此等諸國，對於失踪之宣告，雖不認有死亡推定之效力。然此時亦假定其死亡，而發生準死亡之效果。日本舊民法（二〇八條）及瑞士民法（三八條二項）均採此主義。然最後音信之時，則失踪人尙係生存，此主義洵有未當。

（2）奧國民法普魯士及德國多數聯邦之國法，均以失踪宣告之時推定其死亡。德國民法第一草案，係採此主義。其理由書中，謂死亡宣告有創設的效力。又德國聯邦中二三小國，有以公示催告期間滿了之時，推定其死亡者。此主義由死亡宣告乃裁判效果一點觀察之。固不爲無理。但死亡之時期，有時爲聲請者及裁判程序之遲延所左右，乃其缺點。

（三）德國普通法，以失踪期間滿了之時，推定其爲死亡。沙克遜（Saxon）德國民法（十八條）及我國民法，係採此主義。民法第九條規定「受死亡宣告者，以判決內所確定死亡之時，推定其爲死亡」，其第二項規定，「死亡之時，應爲前條各項所定期間最終日終止之時」。係指失踪期間滿了之時，爲死亡時期是也。民法總則施行前失踪者，亦適用第八條第九條第十一條之規定。民法總則施行前，已經過民法第八條所規定失踪期間者，得即爲死亡

之宣告。並應以民法總則施行之日為失踪人死亡之時（民法總則施行法第三條）。

三，死亡宣告之撤銷　若受死亡宣告之人尚生存時，或所確定死亡之時日不當時，得由本人及利害關係人之聲請，法院以須以判決撤銷死亡之宣告（民訴五九六條五九七條）。蓋死亡之時期等，於繼承人有莫大關係。故人事訴訟法規定撤銷死亡宣告之程序。

死亡宣告之撤銷，既以死亡宣告之錯誤為理由。其效果須追溯既往。即原則上發生與未曾經死亡宣告之同一效果。故原來婚姻關係，親屬關係，重行恢復。財產關係，亦生重大影響。然貫澈此原則時，亦有不當。故民訴又左列二種重大限制。

（一）撤銷宣告之判決確定前，以善意所為之行為，其效力不變更（民訴六〇〇條一項）。若無此種限制時，則其配偶人，將不敢再婚。其繼承人，亦將不敢處分繼承產財也。以善意所為之行為者，行為人，在行為當時，不知死亡宣告之不當之謂也。在契約或雙務契約，則雙方當事人須為善意。此規定於死亡宣告後之行為，方能適用。若失踪期間滿了後，宣告前之行為，自不能適用也。

（二）因死亡宣告而取得財產人，若因撤銷而失其權利者，惟就現受利益之限度，負歸還之義務（民訴六〇〇條二項）。　因死亡宣告而取得財產人，普通均信其取得為正當。自不免有處分或消耗其財產之情事。若一旦撤銷之結果，須返還其所取得財產之全部時，則將蒙不測之損失。此法律之所以對於返還義務，特加限制也。

受返還義務之限制者，僅限於因宣告之直接結果，而取得財產人之。如繼承人，受遺贈人，生命保險金之受取人是。而由此等直接取得人所轉得者，則須受(一)所述之限制。所謂「現受利益之限度」者，乃其所取得之財產中，在死亡宣告撤銷當時，而現存者之謂。不問其財產之已否變更也。

第三節　人格保護

人莫不有人格。即莫不有人格權。蓋人格權者，對於己身之權利也。法律關於財產權，如債權物權等，設有詳細之規定。關於人格權自應有保護之道。邇來學者，均主張人之生命身體名譽自由姓名身分能力等為人格權。是人格權與人類日常生活所不可缺者。故法律特設規定，以保護之。不過各國規定於民法總則中者甚少。我民法倣瑞士立法例，於總則中特設人格保護之規定。茲述其維持及保護之方法如次。

一，人格之維持　權利能力與行為能力，雖一係享受權利之資格。一係為法律行為之資格。並非權利。但於維持吾人之人格權有密切之關係。不能稍有缺憾。故自奴隸制度廢止以後，無論何人，皆有權利能力。而行為能力，僅少受法律之限制。吾人欲違背此法令而自甘拋棄其人格，即非法律所許(十六條)。蓋所以均強弱而杜侵陵也。又自由權亦係一種人格權。若無明文，自亦應適用私權得自由處分之原則。故民法揭其例外。即第一，自由無論如何不得拋棄。第二，自由雖得以合意限制之，但其限制，不得違背公共秩序善良風俗(十七條

）。

二，人格之保護

(1)人格關係之保護　吾人之生命身體名譽自由身分能力等之人格權被侵害時，除得請求法院除去其侵害外，若法律有特別規定時，得請求損害賠償或撫慰金（十八條）。蓋此等權利，雖非直接有金錢上之價值。然因暴行，使被害人間接蒙金錢上之損失者，固為社會上所常見也。唯各國民法，皆以為侵權行為，而規定於債權編中。如德民法第八百二十三條，於侵害人之生命身體健康自由等行為，日本民法第七百十條，於侵害人之身體自由名譽等行為，均定為應負賠償義務。我民法除以一九五條之規定外，更倣瑞士立法例，於總則編中，設以上二種之保護方法。

(2)姓名之保護　姓名權受侵害時，第一得請求法院除去其侵害。第二並得請求損失賠償（十九條）。

第四節　法人

第一款　法人之本質

法人(Juristische Person, Personne juridique ou Morale)者，法律認其有權利能力之一種社會的組織體也。有謂法人乃非自然人而為權利主體者，其定義雖不敢謂為誤謬，然稍嫌注重形式。所謂社會組織體者，即為社會組織之一分子，與個人同為活動主體之謂也。

法律於個人以外，認團體有獨立之人格，能獨立爲權利義務之主體者，在德國古法，已有存在之痕跡。而以個人爲基礎之羅馬法，亦承認國庫(Fiscus)行政區劃都市寺院等爲私法上權利義務主體。此乃於法制相當發達以後，出於自然的要求也。不過認法人觀念之程度及法規，則因時代與法域之不同，而不能不有差異。

法人之觀念，雖存在於古代。但其發達，則在歐洲中世紀以後。蓋當時工商業勃興，而產生所謂商事公司之制度。其影響於法人之發達者，良非淺鮮。所有法人之法規，先由商事公司完成，而後分其餘澤於他種之法人。今日之公司法，乃最進步之社團法也。迨及近世，產業益形發達。公共之事業，亦日趨進步。於是法人之需要，益形增加。現今所有大規模之企業，幾非公司不能經營。永久的公益事業，幾非法人不能實現。故關於此類法律，亦漸臻完備。但瑕疵之點，亦復不少。殊不能不引以爲憾。促法人發達之原因，不外個人之生命及能力有限。以之營大規模而永久之事業，頗不適當。雖有合夥之制以救其窮，然合夥僅能於當事人間，作契約上之法律關係。不能脫離個人，而作成別個團體人格。且合夥之財產，爲合夥員所共有。合夥員退夥時，不能不返還其所有分。其中一人負債時，債權人得扣押其所有分。是合夥之財產，常生動搖。合夥之基礎，因此亦不能十分鞏固。故個人之色彩尙濃。且與個人之生命財產狀况等，有密切之關係。以之營大規模而永久之事業，亦不無困機。此不能不於合夥之外，認法人之制度。俾其脫離個人，而爲權利主體。所以應社會之需要也。

將法人規定於民法中之立法例，近時甚稀。至關於公司之法規，現今有商法法典國家，則以之為商法之一部。英美則為單行法。瑞士則規定於債務法中。

法國民法，無法人之規定。惟能據數條條文，間接認法人之存在而已（法民五三七條至五四二條六一九條九一〇條九三七條等）。屬於法法系之意大利民法西班牙民法，亦僅有一條或數條之規定。然此等諸國，並非否認法人之觀念。而法意兩國近來關於法人學說之進步，實堪刮目。其結果與德國及我國民法，無甚差異也（Michoud, la theorie personnalite Moralet son application au droit francais. Ferrsrs. Le peersom quiridiche）。

德國普通法，關於社團，亦僅有數條之規定。而關於財團，則付闕如。奧大利民法，亦僅列數條，散在民法各處。沙克遜 Saxon 民法，始將社團財團，分別規定。至德國瑞士日本民法，關於法人之法規，始燦然大備。

在英國法，關於法人之事項，委諸一般習慣法之支配。除公司法外，無一般法人之規定。此與大陸法相異之點也。且英國法不認財團法人之存在。因與財團相同之目的，以英國特有之信託契約（Trusr）、即可達到故也。又英國法除通常由多數社員所成之社團法人（Corporation aggregate）外，尚認一人在法律上之繼承人格。即所謂（Corporation Sole）是也。如視國王僧正及其他特定之官職為法人是也。此二點為英法之特色。而與我國民法不同之點也。（Blackstone Commentaries on the Law of England, Holland, Element of Jurispr-

udence, Adler, Summary of the Law relating to Corporation, Kyd, Law, Corporation)。

法人之人格，與自然人同爲法律所賦與。則法律認法人有權利能力之理由，亦與自然在無以少異。然自然人之實體，與法人之實體，其本質不同。自然人之實體，能自然存在。法律對於其實體之組織，不加何等干涉。而法人之組織，乃由於法律之規定。故法人實體之研究，亦屬於法學之範圍，學者或主張法人實體之研究，在法律上並非必要。謂法人乃非自然人而有人格者也。然自然人之實體，與法人之實體，其對於法律之關係，各有不同。此種議論不足採也。

學者關於法人本質之說明，區區不一。雖不能一一詳述。茲爲解說之便利，去異就同。大別爲三。卽法人擬制說 (Fiktionstheorie)，法人否認說 (Negationstheorie)，及法人實體說 (Realitatstheorie) 是也。略述其大要及短評如次。

一，擬制說　此說倡自沙非泥 (Savigny) 氏。關於法人之本質，而爲法律學的研究者，亦不能不首推沙氏。謂法人之能爲財產能力之主體者，乃由於法律之擬制也。此擬制說不僅久占勢力於德國。且曾風靡英法諸國。縱在近時，因實在說之盛行，雖稍減其權威。然歸依者猶復不少。日本之梅謙次郎博士，亦其中之一人也。

擬制說更分數派。如布虎塔Puchta等，則以法人爲理想上無形之主體。威得賢得 Windscheid 等，則謂以擬制認人的集團或財的集團之人格。又非拉拉 Ferrara 則謂認非自然人爲

權利主體，殊有反於權利主體僅限於自然人之原則。故法人者，以擬制視爲權利主體之自然人也。此說又稱爲替人說（Theorie der Personenrolle）。亦可謂擬制說之變態也。

擬制說之缺點，業經多數學者之指摘。其誤在混同自然人與權利主體之觀念。於是獨斷除自然人外，絕不能爲權利主體也。然權利主體即人格之觀念，乃法律上無形之觀念。爲法律所創造。自不能與有體者相混同。法律創設法人之人格，與創設自然人之人格，無以少異。若謂法人之人格，由於法律之擬制。則自然人之人格，亦不得不然。是擬制說之誤謬，自屬顯然。再吾人由法律之目的言之，社會需要其爲權利主體時，法律即當認其爲權利主體。而具備此社會的要件者，不僅限於自然人也。又由權利之觀念言之，能享有法律上權利之實體，皆得爲權利主體。法人既有此組織，即當然認爲權利主體。

二，法人否認說　法人否認說者，否認法人之實體存在。謂法人之財產，爲無主體之財產。或屬於自然人之財產也。此種學說，亦分數派。分述如次。

1，無體財產說（Theorie des Subjektlosen Vermogens），此學說爲布靈子（Brinz）氏所唱。氏對於擬制說，加以劇烈之攻擊。而否認法人之存在。其大要云。以想像上存在之法人，加入人之分類（Diviso personarum）中，令與自然人相對立，殊不爲當。羅馬雖曾視非自然人爲自然人。然未將此加入人之分類。反將其加入物之分類（Divisorerum）。於是由羅馬之法源，而否認法人之存在。且曰，凡財產有屬於一定之人（Personenvermogen）者。有供

一定之目的（Zweckvermogen）者。前者屬於主體，而供其使用。後者非屬其主體，乃屬於其目的。而供目的之利用。故國家公共團體及其他財團社團之財產（所謂法人之財產）乃屬於後者。氏之所謂目的財產，乃無主體之財產。故在今日思想上，不能稱爲權利。僅可以之爲一定目的之約束（Gebundenheit）而維持之。此其所以對於法人之財產，而排斥權利之觀念也。然以法人之財產爲拘束，而以個人之財產爲權利乎，或否認一切之權利，而代以拘束之觀念乎。二者之中，不能不擇其一。此說距時代思想甚遠。雖一時惹世人之注目。然其勢力，始終不振（承繼氏之學說完全否認權利之觀念而欲以拘束觀念代之者，爲Punschart）。

2.受益者主體說(Destinataron oder Ceniessertheorie, Theorie des dêstinataire) 此說耶林格 Iheing 所唱。氏之權利論，謂權利者，法律所保護之利益也。所謂權利主體，乃其利益之歸屬者。然後由利益之歸屬者，僅限於自然人之根本觀念．論社團及財團。謂社團眞正之權利人，爲社員。而財團之眞正權利人，爲享受法人利益之病者貧者。氏之法人論，純由其權利定義演繹而來。若不否認法人，則其理論不能貫澈。然氏又轉其論鋒云。社團爲謀實際上之便宜，對外仍爲一體。以保護其共同之利益。此乃利益與訴權異其主體之例外。乃法律形式之結果。非以社員爲非權利人也。然氏之議論，不僅與現行法制之法人理論不合。且帶個人功利主義之餘波。不足採也。

3.管理者主體說（Amtstheorie）乃近時休耳得 Holder 賓得 Binder 等所鼓吹之學說。

謂法人財產之眞正主體，乃其管理者。此二人所說，亦有不同。前者出於權利意思說。謂意思之主體，即權利主體。後者以法律關係之觀念，解說法人之本體。此二人之主張，乃爲對抗Gierke氏一派之團體主義，而唱個人主義之反動的學說。自不能用以解釋現行法制也。

三，法人實體說　此說不以法人之實體爲法律之創造物。主張法人亦能爲權利能力之實體，又分爲二。

1.團體說（Genossenschaftstheorie）又稱爲有機體說（Orgauische Theorie）此說爲基耳克（Gierke）所唱。謂除法人之意思外，有團體意思（Gesamtwille）。除自然的有機體外，有社會的有機體。且具備團體意思。故法人乃實在體也。其構成團體之自然人，乃社會的有機體的組織部分。無獨立之人格。又其代表者，亦爲構成團體之機關。非在團體以外，有別個人格之代理人。而此等團體中之社團，乃由自己內部所產生之團體。以社員統一之總意，爲其精神。以社團之有機體，爲其身體。而財團乃由外部所產生之團體。以統一的捐助行爲意思（Stiftungswill）爲其精神。以有機的組織團體爲其身體。

此說一出，而從來視爲定說之擬制說，即被推翻。近來德國學者，多採用之。此說除指摘擬制說之謬誤外，闡明法人之社會的作用，固有大功績。但其在法律上之立脚點，仍不出權利意思說及以有機體爲權利主體二點，頗受學者之攻擊。此說之基礎，因其在權利意思說。故又稱爲意思的實在說。

2.**組織體說** (Organisationstheorie,) 此說單以法人之實體，爲適應於權利主體之組織。現在法人實在說中，以此說爲最有力。蓋其既可免擬制之非難。又無有機體說之牽強也。

唱此說者，爲法國學者米休 Michoud 沙勒育 Saleilles 。德國學者中，有謂法人非有機體乃組織者。有謂爲社會的組織體 (Soziale Organisation) 者。又有謂爲法律上所組織之團體 (Rechtlich organisierter Verbanb, rechtliche Organisation) 者。其說明均不甚精確。稍爲詳細者，爲葉勒克魯斯 Enneccerus 。但仍不能脫離擬制說之臭味。日本之中島玉吉博士亦然。

米休 Michoud 氏，以依意思之力所保護之利益，爲權利之本體。謂於個人利益外，有團體之共同利益。法律爲保護此共同利益，而承認法人。俾其具體共同意思之組織。此說排斥法人之有自然意思，而代以法律意思，固爲組織體與機體說相異之點。同時亦爲此說之卓見。但其既以利益爲權利主體，則受益者團體，勢不能不爲財團法人之本體。殊難贊同也。

沙勒育 Saleilles 氏之說，大體與米休氏 Michoud 相類似然沙氏以權利之本體，爲得以意思主張利益之法律上之力。後者偏於社會的議論。前者偏於純正法律學的議論。

上述諸說中，大體以組織說爲正當。但須劃分社會學的觀察與純正法律學的觀察。所謂有獨立之意思團體，與有獨立之利益團體之自然的存在，在社會學上，固不可否認。然法律之所以設法人之制度，認法人之人格者，乃因其存在之故也。故審查立法上之標準時，亦須

考慮此等團體之自然的存在。若無獨立之意思，獨立之利益，僅爲便利，而濫設法人，則爲立法政策所不許。故指示法人立法之標準者，則不能不歸功於基耳克 Gierke 一派之團體說也。

或主張法人之本質論，爲無用之學術論者。若關於法人之法規，已臻完備。或無須乎本質論之研究。但現今關於法人之法規，旣未完備。且事實上頗難期其完備。故欲補充此不完備之缺點時，則不能不取決於法人之理論。恰如各種權利，法律雖爲列舉。但法律不能將其所有效力，皆行歸納。尙須研究權利之本質者，其理由無或稍異也。故欲定法人權利能力之範圍，及行爲能力與使權行爲能力，非研究法人之本質，不足以資解決也。

第二款　法人之權利能力

權利存在之理由，在自然人與法人間，無有差異，已於前述。法人之權利能力，始於其成立之時。如公益法人，除得主管官署之許可外，非向主管官署登記，仍不得成立（三〇條）。法人權利能力之終期，當於法人解散章中論之。至法人之特別權利能力，有次之三種限制。

1.由於目的之限制　法人僅於章程及捐助行爲之能力之目的範圍內，得享有權利。負担義務。蓋法人之能爲權利主體者，因其爲達一定目的之社會的組織體也。則其權利能力及行爲能力之範圍，自應受其目的之限制。如公益法人不能爲營利事業。則對於營利事業，自

無權利能力與行為能力。但擬制說論者，與實在說論者，對於此點，見解不一。前者對於限制，有嚴格解釋之傾向。主張法人為達其目的之必要範圍，方有權利能力。而實在說論者，對於限制之解釋，甚為寬大。主張法人不僅為達其目的之必要範圍，苟於其目的有益且相當時，亦應有權利能力。蓋關於法人全無關係之事項，雖不能認法人之權利能力，然法人以社會的活動主體活動時，縱關於與自己之目的直接無關係之事項，亦不能不為社會的活動者，在事實寧屬當然也。

2.由於法定之限制　民法二六條規定，法人於法令限制內，有享受權利負担義務之能力。但專屬於自然人之權利義務，不在此限。是法人之權利能力，自應受法令之限制也。蓋權利能力，乃由於法律之規定。自不能不受法令之限制。外國法制，有恐法人財產非常的增加，足以威脅國家之存在，而限制法人不能所有定額以上之財產者（德民法施行法八十六條）。我民法則無此限制。而財團社團之財產，乃為達其目的所必要之手段，法人得無限制享有也。

3.由於性質的限制　關於此點，我民法雖未如瑞士民法（五三條）以明文規定。但論理上，法人亦應有此限制。

法人非如自然人有身體之存在。故以身體存在為前提之權利，法人不能享有。如以身體權及身體的自由為內容之自由權，親權家長權等，法人不能享有是也。反之。不以身體之存在為前提之權利，如名譽權，以精神的自由為內容之自由權，法人亦得享有之。

即於名譽權之本質，議論甚多。大別之為主觀客觀二說。助者主張名譽乃對於自己人格之自覺。後者則主張名譽乃係由他人所受之尊敬。此多數說也。(List, Strafrecht) 依前說之見解，則名譽不能被他人毀損。然實際上毀損他人之名譽者，乃社會上所恆見。故在法律觀念上，自以後說為當。由此客觀的意義，法人亦有名譽。即第三人關於法人財產上之信用及公益上之功績等，對於法人所為之尊敬，即法人之名譽也。

第三款　法人之行為能力

關於法人之行為能力，從來採擬制說者，均否認之。謂法人既無實體之存在，自不能有意思能力。法人之董事，乃法人之代理人。其所為之行為，並非法人之行為。不過其行為之效力，及於法人而已。而近來採有機體說即團體說者，謂法人乃有意思能力之團體。且有自然的實在。法人之董事，非法人之代理人。乃為構成法人之一部之機關。法人依其機關，而為意思之決定發表者，恰如自然人依其手足口舌而為行為也。董事之行為，非其自己之行為。乃法人之行為。故法人有法律行為能力及侵權行為能力。余雖不採有機體說。但法人既具有作成意思之組織，亦當有行為能力。故董事非在法人之外部，代理法人。乃在法人之內部，為構成法人組織之一部。

再參考外國立法例。德國民法第一草案，視法人僅得依代理人而為交易之人工的無意思的權利主體(德民草案理由書一卷九十四頁)。後加改正。關於法人之行為能力之有無，一任

學者之判斷（德民議事錄一卷五〇九頁）。德民第二十六條規定，董事有法定代理人之地位(Stellung eines gesetzlichen Vertreters)。而解釋者，則多以董事爲法人之代表機關。不應視爲純然之法人代理人。瑞士民法更進一步，其第五十四條規定，法人依法律及章程而構成其必要之機關時，即取得行爲能力。其第五十五條規定，法人依其機關而表示其意思。機關以其法律行爲及其他行爲，使法人負擔義務，而關於歸責於法人之事項，行爲者亦負責任。我民法第二十八條規定，法人對於其董事或職員，因執行職務所加於他人之損害，與該行爲人連帶負賠償之責。蓋採瑞士立法例也。

法人既有權利能力。自應有在訴訟上爲原告或被告而起訴或被訴之能力。即法人有訴訟上當事人之能力（Parteifahigkeit）。

法人是否有自爲或使訴訟代理人代爲訴訟之能力，即是否有訴訟能力(Prozessfahigkeit)。多數之民事訴訟法學者，均否認之。然在理論上，法律既認法人之法律行爲能力。則以同一理由，不能不認法人之訴訟能力。法人之代表者之訴訟行爲，在法律上，即法人之訴訟行爲也。

法人之行爲能力之範圍，當以權利能力之範圍爲限。至法人是否有侵權行爲能力，則學說之見解，頗多爭執。蓋侵權行爲，乃由於故意或過失而侵害他人權利之行爲。須以意思能力爲標準。而無意思能力人，既無所謂故意或過失，更不能有所謂行爲。故法人是否有侵權

行為能力，須由法人是否有意思之根本問題而決定之。採擬制說者，否認法人意思。謂法律雖規定法人之賠償責任，非認法人有侵權行為能力。法人之機關之侵權行為，並非法人自身之侵權行為。不過法律為便宜計，為保護第三人計，且為增加法人之信用計，認法人有賠償而已。而採實在說者，謂法人機關之行為，乃法人之行為。如因此行為而侵害他人之權利時，當然為法人之侵權行為。或又云。所謂違法行為，並不屬於法人目的之範圍。故法人不能有侵權行為。然以適法之目的所設立之法人，為達其目的之行為，致侵害他人之權利時，當然成立侵權行為也。

至法人是否有刑法上之犯罪能力，古來學者多否認之。謂法人不能犯罪（Soceitcs delinquere non potest）然法律既認法人有侵權行為能力。則於特定之範圍內，自不能否認法人之犯罪能力。故近時學者，多肯定法人之犯罪能力。又英美法認法人犯罪能力之範圍甚廣（如英國千八百八十九年（Interpretaton Act）。

第四款　法人之種類

一、公法人私法人（Jurictische Person des offentlichen Rechts, des Privatsrechts）此區別之標準，甚為困難。至有否認此種區別者。茲略述各種學說之大要如次。

1. 公法人與私法人之區別，乃基於社會觀念。故不能以唯一之標準，而定兩者之區別。。致與社會觀念相衝突（Regelsberger，日本美濃部博士）。但社會觀念，既難期正確。此說

殊不足採。

2. 由其目的之事務之公私，而爲區別。若依此說，則同一性質之事務，以國家行之，則爲公事務。以私人行之，則爲私事務。如學校鐵道食鹽烟酒專賣等，自不能以目的之事務之公私，而定法人之性質。

3. 因設立人之公私，而爲區別（Crome）依此說，由國家所設立之銀行及以其他營利事業爲目的之法人，爲公法人。然立法例中有以無人繼承之繼承財產，視爲法人者。則此法人，究屬於公法人抑私法人乎。

4. 以對於國家有特別之利害關係，而受特別之保護者，爲公法人。以私人之利益爲直接之目的者，爲私法人（Dernburg）。此說運用於實際時，殊欠明瞭。故不足採。

5. 依公法之規定，對於國家，有實行其目的之義務者，爲公法人。此有名之羅經（Rosin）氏之學說也、謂事務之公私，不能由其性質而爲區別。公事務乃國家之事務。故團體以公事務爲目的時，國家絕不放任之。必課以實行之義務。反之。其目的之事務爲私事務時，直接與國家無多大關係。其實行與否。國家概不加何等干涉云云。然此說，亦不無缺憾、蓋以同一性質之事務爲目的之法人，勢不能不依義務之有無，而異其性質。如私設鐵道，私立學校等，若國家課以實行其目的之義務時，則爲公法人。否則爲私法人。殊有背於普通觀念也。

6.以國家或國家統治權所認定之事業爲目的所設立之法人，爲公法人。其他之法人，爲私法人。公法人與私法人之區別，以此說爲當。

兩者區別之必要，因公法人執行其目的之事業時，有特別之強制力。

二、公益法人營利法人（Idealer Verein, Geschaftverein）營利法人者，以營利爲目的之法人也。公益法人者，以公益爲目的，即不以營利爲目的之法人也。故以公益爲目的，同時又以營利爲目的之法人，仍爲營利法人（松本蒸治博士營利法人之觀念日本法學協會雜誌第二十八卷三號二二以下）。自無介乎兩者之間，而有中間性之法人也。

關於定營利法人之觀念，有客觀主義及主觀主義。

依客觀主義，不問設立人之目的，是否有圖一己之利益。苟法人目的之事業性質上，爲經濟上之行爲時，乃營利法人（Planck）。

依主觀主義，若法人最終之目的，爲圖社員之利益時，乃營利法人。不然者，爲公益法人。不問其目的之事業，是否爲經濟上行爲也（Staudinger, Holder, Gierke, Enneccerus 日本松本博士）。

上列兩說，以後說爲當。一、財團法人，雖得爲公益法人。但不能爲營利法人。以其缺欠享受利益之社員故也。若依前說，則不能說明財團法人何以不能爲營利法人。二、公益法人之設立，須得主管官署之許可。營利法人則不然。因公益法人之目的，既爲公益。故國家

為預防其濫設，而有干涉之必要。若依前說，則經營營利事業，而以其收益以供公益之用者，勢不能不為營利法人。其設立自無須得主管官署之許可。殊不合於法律對於公益法人與營利法人異其設立條件之理由也。

公益法人與營利法人之區別，乃法人之目的，雖為公益，而其所經營之事業，為營利時，發生問題。若其目的與手段，均為營利或非營利之時，則縱依客觀說，亦無不當之結果。由上所述之理由，若法人最終之目的為公益時，不問其所取之手段是否為營利，仍應視為公益法人。如經營殖林事業印刷事業，而以其收益為慈善之法人，又以救濟無職業之職工為目的所設立之工場等，自應視為公益法人。反之。如相互保險消費合作社等，雖不以直接分配利益為目的。但其最後之目的，或因團體員分擔危險，或因受低廉物品之供給而得利益，不能不視為營利法人也。

營利法人得區別為商事公司與民事公司。以商行為為營業者曰商事公司。以商行為以外之營利行為為營業者，曰民事公司。然關於商事公司之規定，均能適用於民事公司。故兩者之區別，無何等之實益也。

所謂公益者，須為社會的一般的利益，或為不定多數人之利益。若為一家之利益所設立之家屬財團（Familienstiftungen, fondations de famille）在民法上不能稱為公益法人。故民法總則施行法第九條規定，祠堂寺廟及以贍養家族為目的之獨立財產，不適用同法第六條至

第八條之規定。

三、社團法人財團法人（Verein, Korporation, Korparsehoft; Stiftung, fondation）社團法人者，以社員為其構成分子之法人也，財團法人者，無社員，以供一定目的所捐出之財產為中心所設立之法人也。故社團法人，必有社員。且有社員總會。各社員有出席總會參與法人事業之權利。又兩法人之組織亦異。社團法人之設立，除以章程定法人之目的及組織外，尙有社員總會。而總會有變更章程之權限。故社團法人之目的及組織，能隨時勢而變更之。富有彈性。而財團法人之設立，即以捐助行為定法人之目的及組織。法人之董事，雖依捐助行為，以處理法人之事務。無變更捐助行為之權限。苟捐助行為中未設可變更之特別規定時，則捐助行為永久不得變更。故財團法人，頗具固定性。如欲為公益事業而設立法人時，須考慮兩者之特色，以定其組織。財團法人因無社員，故不能成為以社員之利益為目的之營利法人。

財團法人之組織，係倣德國民法。在英國，則用信託（Trust）中之公益信託，而實行社會事業。故無財團法人也。

第五款　法人之設立

法人之設立，有左舉諸主義。

1. 自由設立主義（System der freien Korperschaftsbildung）對於法人之設立，不加何

等之限制。臨設立者之意思，得自由設立法人之主義也。此主義盛行於歐洲中世商事公司勃興時代，現無採用之者。

2.特許主義（Oktroisystem）　關於法人之設立，以主權者之命令或法律之制定為必要之主義也。此主義亦盛行於中世之商事公司。近世採用者甚稀。唯對於特定之法人，賦與特權而加以保護時制定特別法而已。如中國銀行交通銀行中央銀行等是。

3.許可主義（Konzessionssystem）　關於法人之設立，以行政官署之許可為要件之主義也。民法對於公益法人，採此主義。

4.準則主義（Normativs, stem, Systern der Normativbestimmungen）　先以法律規定法人之社會的組織體之要件。設立人依此要件作成社會的組織體時，無待於國家之特許或行政官署之許可，即當然成立法人之主義也。依此主義所設立之法人，固須登記。但登記官吏僅能審查設立程序之是否適法，而無決定設立許否之權限也。

此上四主義，各有所長。自由設立主義，其設立法人，固屬簡便。但失諸放任。既無國家之監督。自不免有害公益。特許主義，十七世紀以來行之最廣。然因須主權者之特許，未免躭延時日。又許可主義，乃出於許可者之任意。故時有不公平之處。準則主義，則無此等弊害。

外國立法例，關於商事公司，除英國外，以前一般均採許可主義。但現時立法，除僅少

之例外，皆採準則主義。蓋對於多數公司之設立，而官署須一一判斷其事之之成否，到底不堪其煩故也。然關於其他法人之主義，則各國不同。德國民法，關於不以經濟上之業務爲目的之社團法人，採準則主義。關於財團法人，則採許可主義（德民二一條八〇條條）。關於集團之法國十九百〇一年之法律亦同。瑞士民法，則關於社團法人及財團法人，均採準則主義。

民法關於營利社團法人之設立，均依特別法之規定（四五條）。蓋此等法人，種類甚多。爲立法之便利計，應規定於特別法中也。營利社團法人之公司，依公司法之規定。蓋純取準則主義。無須經官署之許可。公益法人之設立，須有設立之行爲，設立之登記，與主管官署之許可。主管官署之許可者，對於設立者所組織之社會組織體，賦與人格之行政行爲也。許可與設立行爲，設立登記，三者缺一，即不能發生法人成立之效果。故縱有設立之許可，設立之登記，苟其設立之行爲無效時，法人當然不能成立。又縱有設立行爲，苟無許可，法人亦不能成立也。主管官署者，管轄法人目的事業之中央行政官署也。其事業屬於二個官署以上之管轄時，須受各官署之許可。而許可與否，乃關於官署自由裁量之範圍。故縱令拒絕許可，亦不能提起行政訴訟。

法人非依本法或其他法律之規定，不得成立（二五條）。玆所謂法人，乃指私法人而言。法人之成立，須依本法或其他之法律。非依法律不得設立法人者，即禁止自由設立之意。而所謂法律，乃指經立法院所議決之法律而言。故各種命令自不包含。

一、社團法人之設立　社團法人之設立行為，乃以創設社團法人之權利主體為目的之法律行為。且須訂定章程之要式行為也。故設立法人時，須訂定章程。未記載於書面之章程，當然無效。章程無效。章程所應載之事項如次。

1. 目的　須以公益為目的。而非以營利為目的。如本會以達到國際聯盟之精神為目的是也。

2. 名稱　名稱之種類，則無限制。亦不必用社團法人之名稱。如本會命名為國際聯盟協會是也。

3. 董事之任免　關於任免之方法，亦無特別限制。故不必須總會之決議。股份有限公司董事，因須由股東會就股東中選任之（公司法一三八條）。而公益法人，則無此等限制。故無妨規定選任社員以外之人為董事。但實際上，董事之選任，由社員總會決議者甚多。如本會之董事，由總會於社員中互選之。其任期迄翌年之通常總會開會終了時止。但得連任。由補缺選舉之董事之任期，為前任任期之殘部是也。

4. 總會召集之條件程序及其決議之證明方法。

5 社員之出資　如本會之資財為會費及其他之收入。本會之會費，普通會員三元。特別會員十二元。但一次繳納會費百元以上者，為特別會員。不再徵收會費是也。

6. 社員資格之取得與喪失　即關於入社退社及除名之規定是也。如贊成本會之宗旨者，

得經會員二人以上之介紹，爲本會會員。董事有承認會員之退會與除名之權限是也。

右列各項，稱爲章程之必要記載事項。苟缺其一，章程卽爲無效。此外有所謂任意記載事項，如變更章程之規定，董事執行業務之規定，社員表決權之規定，法人解散之原因，解散後之財產歸屬權利人之規定，淸算人之規定等，其記載於章程與否，全係設立人之自由。但一旦記載於章程，卽成爲必要記載事項。非依變更章程之程序，不得變更之。

社團法人，乃人的團體，不得以一人設立。德國民法（五六條）規定以七人爲最小限度。我公司法第八十七條，亦規定股份有限公司，應以七人以上爲發起人。而我民法，則無此限制。有主張若法律無規定時，性質上須有三人以上之設立人者。此說起於羅馬。後爲德國普通法所採用。至其理由，謂爲社團法人之基礎而支配其活動者，乃多數人之意思。若設立者僅二人時，則不能作成多數人之意思。故社團法人之性質上，設立人之最小限度，須爲三人也。然此說亦不足採。蓋支配法人之活動者，原爲社員一致之意思。而非多數者之意思。僅於社員不能一致時，不能不以多數者之意思代之耳。若二人之社員不能一致時，尙可設適當之規定，以作成法人之意思。如求第三人之判斷，依出資之多寡，或依年長者之意見，亦可作成法人之意思也。故我民法之解釋，祇須二人以上之設立人也。

社團法人之設立行爲者，以二人以上之設立者之合意爲要素之法律行爲也。此法律行爲之性質若何，有契約說（Holder）與合同行爲說（Gierke）。近世學者，多採合同行爲說。

蓋設立行爲，非以成立設立者相互間之權利義務關係爲目的。乃以創設權利主體爲目的。此等合意，對於法律行爲之各當事人，有同一之意義。並生同一之法律効果。與各當事人有互異之意義，生反對法律效果之契約，在法律之性質上，大相徑庭。故合意乃合同行爲（Gesamtakt），非契約也。

社團法人設立以前，發起人間通常締結關於將來設立法人之契約。此種發起人團體(Gruender-Sozietat）間所締結之契約，乃設立行爲之準備行爲。其團體雖無獨立之人格。但其契約，以設立法人之共同事業爲目的。故仍得爲一種團體。

發起人團體，爲將來應成立之法人，爲購買物品或徵收出資金等之法律行爲時，其權利義務，以如何之法律上之理由，成爲法人之權利義務。在商法之公司，則成爲設立經過之問題。固爲多數學者所議論。而在民法之法人，則無多大問題。蓋在民法法人發起人間之關係，設立行爲之效果，當然發生權利義務之移轉。不過對於第三人之關係，權利之移轉，須具備對抗要件。義務之移轉，須經權利人同意耳。

民法總則施行前，具有財團及以公益爲目的社團之性質，而有獨立財產者，視爲法人。其代表人應依民法總則第四十七條或六十條之規定，作成書狀。自民法總則施行後六個月內，呈請主管官署審核前項書狀所記載事項。若主管官署認其有違背法令，或爲公益上之必要，應命其變更。經核定之書狀，與章程有同一之效力。（民法總則施行法第六條）。

依民法總則之規定，設立法人須經許可者，如在民法總則施行前已得主管官署之許可，得於民法總則施行後三個月內，聲請登記爲法人。（民法總則施行法第五條）。

二、財團法人之設立　財團法人之設立行爲者，設立人所訂定之捐助章程及捐助行爲也。捐助行爲者，以設立財團法人爲目的而捐助財產之要式的法律行爲也。在生前捐助者，須訂立捐助章程。以遺囑捐助者，須依遺囑之方式（六十條）。捐助章程之必要記載事項，除關於社員之規定外，與社團大體相同。唯認捐助行爲之補充一點稍異。卽捐助章程所定之組織不完全，或重要之管理方法不備者，法院得因捐助人董事或利害關係人之聲請，爲必要之處分（六十二條二項）。依此規定，如法人之名稱及任免董事之方法等，若捐助行爲人未行訂定，固可請求法院補充。至法人之目的及資產，乃捐助行爲成立之必要要件。若缺其一，則捐助行爲，自應無效。解釋上法院自無補充之權能也。蓋社團法人之設立人，大都不止一人。其中雖有死亡，而其他之設立人，尚得補充章程之不備。故無須國家之干涉。至財團法人之設立人，多爲一人。於其死亡時，不認法院有補充之權能，則以公益爲目的之事業，不易發展也。

捐助行爲乃以捐助財產設立法人爲目的之行爲。但捐助行爲是否須有一定財產之捐出，依從來之通說，財團法人之基礎，既爲財產。則無財產，卽無財團法人（Ohne Vermogen Keine Stiftung）。故設立財團法人之捐助行爲。須同時提出一定財產而提存之。（Planck, End-

mann）。反對論者，謂財團法人者，非以其財產爲法人也。故財產之存在，非財團法人之必要條件。然爲達財團目的之手段者，不得不爲財產。是財團法人之財產，較諸社團法人之財產，尤爲重要。固不待言。但其設立之時，不必提存一定財產。若將來有取得財其產之確實方法時，法人亦得成立。如設立人於得主管官署之許可時，每年捐助若干財產。或以某財產之收益，爲法人之財產。雖其收益尙未存在。猶可得設立之許可也（Holder, Staudrnger）。我民法上所謂捐助，其語義已含特定財產之存在。財產固不能謂爲即財團法人。然無財產，則殊難認財團法人之組織體之存在。故財團法人之觀念上，必須有財產之存在。但財產之存在，不能即謂爲物之存在。如設立人負担每年捐助若干之債務，或指定其他之財源，俾法人得以權利請求時，均得謂爲財產之存在。若僅單純取得財產之希望時，不能成立財團法人也。

捐助行爲，乃以作成書面爲必要之要式行爲。於官署許可之時，發生效力。故其效力發生前，捐助行爲人，得自由撤回。關於捐助行爲之撤回，法律雖無明文規定。解釋上自無須何種方式。如破毀其書面而爲撤回是也。但已向主管官署提出之後，則須對該官署爲撤回之意思表示（Planck）。

數人共同爲捐助行爲，其中一人爲撤回時，則捐助行爲全部無效。蓋數人爲捐助行爲時，則該數人，自有共同設立法人之意思。故其中一人脫退時，其他捐助行爲人之共同設立法人之意思，亦歸消滅。但對於撤回者是否應發生損害賠償請求權，則依捐助行爲人間之契約

而定。

以遺囑爲捐助行爲時，則遺囑人之意思，足以拘束繼承人。故繼承人不得爲撤回。而遺囑執行人，須依遺囑之本旨，而爲執行。如該捐助行爲不能得主管官署之許可時，其結果與拋棄遺贈同。

捐助行爲之撤銷，須與撤回相區別。撤回須行之於行爲發生效力前。故無須何等原因，撤銷乃於行爲發生效力後，得撤銷之，溯及的消滅其效力之行爲。故須有法律上之原因。如有意思表示之瑕疵等之原因時，得撤銷之。蓋捐助行爲乃法律行爲故也。捐助行爲撤銷時，則財團法人視爲自始未成立。恰如無捐助行爲而得主管官署之許可者然。但捐助行爲之撤銷，其影響於第三人者甚巨。故法律宜設適當之限制。如以法律規定，禁止撤銷。或使撤銷不得對抗善意第三人。或縮短撤銷權之存續期間是也。

捐助行爲，乃無相對人之單獨行爲。如設立人決定設立財團法人之意思。並將此意思記載於書面時，捐助即行成立。亦無須將此意思表示於他人。至對於主管官署之聲請，不過將已成立之捐助行爲，提出於官署。並非將爲捐助行爲之意思，向官署表示之也。

捐助行爲乃以設立法人爲目的之無償處分財產之行爲。法律上所謂捐助，與通常所謂捐助之意義不同，其行爲之發生效力，須以設立許可爲條件。故財團法人之設立人，於爲捐助行爲後，未得設立許可前，不能即生處分財產之效果。換言之。即未得設立許可前，其所捐

助之財產，仍屬於設立人也。然既得許可後，是其捐助行爲完全有效。其所捐助之財產，法律上當歸屬於法人乎。抑設立人僅負移轉財產之義務。而移轉時，猶更須爲移轉行爲乎。此從來學者所激爭之點也。日本民法，採物權主義。其第二十四條第一項規定，以生前處分爲捐助行爲者。其捐助財產，於得法人設立許可時，構成法人之財產。德國民法，採債權主義。設立人僅負担移轉財產之債務(德民八二條)。我民法則無規定。須依當事人之意思而決定之。若當事人之意思不明時，余以爲應採德國之解釋也。

以遺囑爲捐助行爲者，其遺囑於遺囑人死亡時，即遺囑發生效力以後，由繼承人或遺囑執行人將捐助行爲提出於主管官署，而請求許可。故遺囑發生效力時，法人尙未成立。捐助財產，須一旦移轉於繼承人。而繼承人得自爲有效之處分。若捐助財產被處分時，則捐助人之目的，將不能達到。故日本民法第四十二條第二項規定，以遺囑爲捐助行爲時。其捐助財產，於遺囑發生效力時，視爲歸屬於法人。我民法關於此點，未以明文解決，殊爲遺憾。

第六款　法人之登記

登記者，記載一定事項於公簿之謂。法律爲社會交易安全計，屢用登記制度，公示一定事項。俾利害關係人，以閱覽之機會。至於法人，亦有將其狀況公示於世人之必要。故法律採用登記制度。將法人之設立及其他關於法人之事項，公示於第三人。即1.登記前，實質上所生之事實，不得對抗第三人。第三人得否認之。2.事實上所生之事項，登記前，第三人亦

不妨承認之。3.縱有登記，事實上所未存在之事實，不能視為存在。蓋登記乃事實之公示手段，不能變更事實也。4.將事實上存在之事項登記時，其效力得對抗第三人。

法人之登記，分設立登記，變更登記，及解散登記三種。董事或清算人怠於登記時，有一定之制裁。其程序應規定於非訟事件法。

依民法總則之規定，設立法人，須經許可者。如在民法總則施行前，已得主管官署之許可。得於民法總則施行後三個月內，聲請登記為法人(民法總則施行法第五條)。

一、設立登記　設立登記者，設立法人之登記也。德國民法第二十一條規定，不以營利為目的之社團法人，於其所屬之初級法院登記時，享有權利能力。我民法總則規定，法人非經向主管官署登記時，不得成立(三十條)

法人為設立登記後，所應登記之事項，為目的名稱主事務所及分事務所董事之名姓及住所財產之總額。應受設立許可者。其許可之年月日。定有出資方法者，其方法。限制董事代表權者，其限制。定有存立時期者，其時期。又社團及財團之登記，由董事向其主事務所及分事務所所在地之主管官署行之。並應附具章程及捐助行為備案(四十八條第一項第二項。六十一條第一項第二項)

設立之登記，乃與法人以對外之效力。法人於受主管官署之許可並登記後，固行成立。但有應登記之事項而不登記，或已登記之事項有變更，而不為變更登記者，不得以其事項對

抗第三人(三一條)。所謂第三人，或以法人為標準。指法人以外之人為第三人。或以設立手續為標準，指干與設立以外之人為第三人。考諸立法理由，對於已經干與之設立人及主管官署，主張法人之設立時，並無須乎登記。故解釋上當以後說為當。

二、變更登記　登記事項有變更時，須為變更登記。登記以前，不能以其變更對抗第三人(三十一條)。事務所之遷移，亦為變更登記事項之一。故須於舊事務所所在地為遷移之登記。新事務所所在地為設立之登記。若其遷移在同一區域內者，只須為遷移之登記。

三、解散登記　法人解散時，除破產外，須為解散登記。關於法人解散時之登記事項，民法雖無規定。清算人之姓名住所及解散之原因年月日等自應登記。又破產時，自應為破產登記也。

若登記聲請書不具備四十八條第一項及六十一條第一項所規定應登記之事項時，登記官吏得拒絕登記。然登記官吏因故意或過失收受此不完備之聲請書，且登錄於登記簿並公告時，其效力如何。其登記全部無效乎。抑其已登記之事項，視為有效乎。依此二條之規定。所謂「應登記之事項如左」者，乃非將此二條所要求應登記之事項，全部登記時，不能發生登記之效力。但此等事項，不必同時登記。若於一定期間內，其事項登記終了時，亦可為有效之登記也。故有缺欠之登記，固不能發生登記之效力。若能補足　則於補足時，發生登記效力。

第七款　法人之住所

法人以主事務所所在地爲住所（二十九條）。事務所者，依章程或捐助行爲所規定執行法人事務之場所也。事務所僅一個時，其事務所所在地，即爲法人之住所。有數個時，以其主事務所所在地爲法人之住所。若章程或捐助行爲，雖定有住所。苟於其地，事實上不能執行法人之事務時。則不能不謂爲事務所之廢止或移轉也。蓋法人之於主事務所以外之事務所，經營其全部之事業時，則應爲主事務所之變更。須爲變更登記故也。然法人之事務，尚未開始以前，縱不執行事務，苟爲將來執行事務之場所時，尚得視爲法人之住所也。

第八款　法人之機關

第一項　總說

關於法人之機關即董事之性質，從來學說，可分爲二派。

1. 機關說　機關（Organ）一語，始於何人，固難考證。然今日已成爲法律上之用語矣。機關二字，原來乃生物學上之用語。有機關者，稱爲有機體（Organismus）。機關乃有機體之一部。無獨立存在之目的。故機關之作用，自應視爲有機體全部之作用。如自然人之手，乃構成身體之一部。無獨立之目的。手之作用，即人之作用。而將此觀念，應用於法人，而說明法人與董事之關係者，稱爲機關說（Regelsberger, Gierke）。謂社團法人之社員，及法人之董事，乃構成法人之一部。其作用非社員或董事個人之作用。乃法人之作用也。

2.代理人說（Theorie der Stellvertretung）　代理之觀念，常以代理人及本人（被代理人）之二個獨立人格爲必要。所謂代理人，並非爲構成本人之一部。自有獨立之人格。故董事非構成法人之一部。乃獨立之權利主體。董事之行爲，並非法人之行爲。乃董事之行爲。不過其效力及於法人而已。關於法人機關之性質，採擬制說者，以董事爲法人之代理人。故否認機關之觀念。而採有機體說者，視法人爲社會的有機體。法人之有董事，如自然的有機體之有耳目手足爲其機關也。余採組織體說。董事爲法人組織體之一部，担當法人之活動。故董事爲法人之機關。

構成法人機關之自然人，除一面爲法人之機關外，尙一面爲獨立自然人。故董事對於法人，負執行業務之義務。又對於法人。有報酬請求權。

法人之機關，有董事及總會。董事爲社團財團共通之機關。而總會則僅社團法人有之。但得以章程及捐助行爲，規定其他之特別機關也。

第二項　董事（Vorstand, diretorate）

董事者，代表法人，有執行法人事務之權利與義務（二七條二項）之法人必備機關也。故法人須設董事（二十七條一項）。其額數，資格及任免方法，固可以章程或捐助行爲自由定之。然法人應設董事，縱以章程及捐助行爲或總會之決議，亦無左右之自由。但法人非以董事人無間斷存在爲必要。如董事辭職或死亡時，則法人之權利能力，不能謂爲卽行消滅也。惟

於此時，須速補充法人之代表機關。俾法人不致發生損害。故德國民法(二九條)規定法院得於此時因當事人之聲請，選任假董事。我國舊草案，亦有同樣之規定。新民法則付缺如。

一、董事之選任　1.董事須以自然人組織之。如以法人爲他法人之董事，則爲法律所不許。2.董事之員數，法律無限制。又非章程之必要記載事項，故在社團法人，得以總會之決議定之。3.法人之董事任免方法，以章程及捐助行爲定之。社團法人之董事，須經總會決議(五〇條二項)。4.選任董事行爲之性質若何，頗有爭論。有主張爲單獨行爲者。然不經被選者之承諾，卽使負担董事之重任。在不以社員爲被選資格之公益法人，尤多不當。故選任行爲，當然爲委任及準委任之契約。

二、董事之權限　董事之權限，得區別爲代表法人及執行事務兩種。在商法之公司，明白區別公司之內部關係與外部關係。民法雖未明瞭爲此二者之區別。然依二十七條第二項之解釋，亦應爲此二者之區別也。代表法人，乃對外關係。卽法人與第三人之關係。執行業務乃對內關係。卽法人與董事之關係。董事不僅有執行法人事務之權限。並有對外代表法人之權限也。

一、代表法人　董事就法人一切事務，不問其審判上抑爲審判外，均有對外代表法人之權限。代表云者，乃董事之行爲卽法人之行爲。非僅以其行爲之法律效果，及於法人之謂也。故代表之性質，與代理異。又代理僅限於法律行爲。代表則除法律行爲之外，舉凡一切

事實行爲，皆能代表。然董事代表法人爲法律行爲時，法律雖無規定。解釋上自應準用代理之規定也。

董事有數人時，有主張須董事全體之同意，方能執行法人之事務者（德民第一草案四四條）。然因少數人之反對，致停法人之事務，殊爲不當。故解釋上第一須依章程及捐助行爲之規定。若章程及捐助行爲無規定時，則須從董事之多數議決。然此乃法人之內部關係。至對外部關係，則董事均能各自代表法人。第三人對法人爲意思表示時，無須對董事全體，祗須對董事一人爲之。亦無檢查董事之意見，是否得過半數之同意也。關於此點，反對說頗多（日本梅博士平沼博士）。然執行法人事務之方法，既非法人之應登記事項。若使其效力足以對抗第三人（外部）時，殊有害於交易。又我民法之所謂董事，並非指董事會，乃指董事個人而言。而董事就法人一切事務，有對外代表法人之權（二七條二項）。故有數人之董事，於執行法人之事務時，應從多數表決。若定有其他執行事務之方法時，是乃董事之代表權之限制。亦不能以之對抗善意第三人也。

董事之代表權，有次之數例外

1.以章程捐助行爲或總會之決議，得限制董事之代表權。若以其他之方法，限制董事之代表權時。則其限制，不能有效。董事表代權之限制，不僅使董事負遵從之義務。而對外亦限制其代表權。如董事違背限制所爲之行爲，則爲越權行爲。然法律爲保護善意第三人，設

一特則。即對於董事代表權所加之限制，不得對抗善意第三人(七十二條三項)。是較之德民法(二十六條六十四條)以登記之有無，爲對抗之標準者，其保護更厚也。

2.關於法人與董事之利益相反之事項，董事是否有代表權。日本民法第五十七條規定，董事無代表權。我民法雖無明文。自應爲同樣解釋。若關於此等事項，使董事代表法人時。則法人將蒙不測之損失故也。所謂利害相反者，不僅限於董事與法人爲法律行爲。至法人與第三人爲法律行爲時，亦包含之。例如董事爲法人之債務人，又爲第三人之保證人時，則董事不能代表法人與該第三人爲和解是也。

二、執行業務　董事有執行法人事務之權限與義務。此義務發生之原因，法律雖無規定。唯董事被選任後，其與法人之關係，解釋上既須準用委任之規定。則董事對於法人之事務，當以善良保管者之注意爲之。若董事有數人，其執行法人之事務，須由董事過半數決之。又董事執行法人事務時。不得違反章程捐助行爲及總會決議之趣旨。但總會之決議，違反法令或章程時。則其決議，已非有效之決議。董事對之，自無服從之義務。且不能服從也。財團之董事，有違反捐助章程之行爲時，法院得因利害關係人之聲請，宣告其行爲之無效(六四條)。董事所應執行法人之事務，雖不能一一列舉。茲就其主要者揭述之。

董事須聲請關於法人諸種之登記(三十一條四十八條。六十一條)。民法總則施行法第八條規定，應編造財產目錄及社員名簿。財產目錄 (Jnventar, Inventar, Jnventory) 者，法

人之積極的及消極的財產目錄，卽關於貸出借入財產之明細表也。關於法人之動產，不動產，債權，債務，著作權，特許權及其他之財產，均須揭載。編造財產目錄之目的，一面爲明示法人之財產狀況。俾監督官署及第三人。容易知悉。一面將設立人董事社員之個人財產，與法人之財產明白區別。使董事及其他之機關，無爲不正行爲之餘地。又財產目錄，因編造時期之不同，可分爲二。一爲法人設立時所編造。是爲基本財產目錄。一爲每年定期所編造，是爲每年度財產目錄。

社員名簿者，記載社員之全部。俾一般知悉何人組織社團法人之賬簿也。社團法人之社員，嗣後有變更時，須訂正之。

此外董事尙有召集通常總會與臨時總會之權。（五十一條一項二項）。如法人之財產不能償還債務時，須聲請破產（三十五條）。於法人解散時，得爲淸算人（三十七條）。

董事之姓名住所，均屬登記事項之一（四十八條第四款六十一條第六款）。故其選任退任，皆須登記。登記以前，不得以選任退任與他人對抗。

第三項　社員總會

社員總會（Mitgliederversammlung, assemblee generale, general meeting）者，由社員全部所組織之議決機關。且社團法人之必要的最高機關也。

1.總會乃以社員全部所組織之機關也。所謂以社員全部組織者，非須社員全部出席於總

會，而行使其表決權之意。乃非社員全部皆有表決權，則總會不能有效成立之謂。換言之。縱以章程之規定，總會之決意，不能剝奪一部社員之表決權。又對一部社員不爲召集總會之通知，致彼無行使表決權之機會時，則總會不能有效成立也。

2.社團法人之事務，除以章程定屬於董事及其他辦事人外，須以總會之決議行之。苟其決議不違反章程及法令，則董事須遵從之。此總會之所以爲法人之最高機關也（九〇條一項）。我民法五〇條第二項，特爲規定。卽變更章程，任免董事，監督董事職務之執行，開除社員等重大事項，應經總會之決議。

3.總會乃法人之議決機關。換言之。卽依議決之方法，決定法人意思之機關。故總會可謂爲法人之意思機關。擬制說者，雖否認意思機關之觀念。而採組織體說者，則以總會爲決定法人意思之機關，社員所表示之意思，苟依議決之原則而統一時。則其統一之意思，非社員（自然人）個人之意思。乃法人本身之意思也。然總會雖爲法人之議決機關。而執行此決定之意思，仍爲其他之機關，卽董事。故總會非法人之執行機關。亦非法人之對外代表機關。雖在法人之內，決定法人最高意思之機關也。又總會爲會議制之機關。須依召集總會之方法召集之，始得成立爲機關。否則，縱社員之全部偶然集合於一地，亦不能稱爲總會也。

4.社團法人，因其具有人的結合之性質。則社員總會，爲社團法人之必要機關固無疑也。總會分通常總會與臨時總會兩種。前者依章程所定之時日召集之。後者則經全體社員十分

之一以上之請求，表明會議目的及召集理由，請求召集時召集之（五十一條二項）。此種權利，稱爲少數社員權（Minolitasrecht）。蓋爲預防董事之專斷，而保護此少數社員者也。故董事受此請求之後，須於一月以內召集之。若不爲召集時，得由請求之社員，經法院之允許召集之（五十一條三項）。通常總會與臨時總會之差異，唯在召集之時期。非在其權限。故通常總會，於預行通知之事件外，並得議決臨時事件。總會決議，除本法有特別規定外，以出席社員過半數決之（五十二條一項）。日本民法雖規定不出席之社員，得以書面或派代理人出席而爲表決（日民六十五條二項）。我民法不採用之。又總會之決議，須先有總會之成立。故無召集時，或其召集不適法時，則總會不能有效成立。其所爲之決議，自不能有效也。

社員之表決權，須爲平等（五十二條二項）。卽每一社員，須有一表決權也。蓋有經濟目的之法人，雖得以出資額數之多寡，定表決權之差異。而民法之法人，則不能因出資之多寡而有差異。亦不能以章程規定，而剝奪其表決權也。

總會關於法人與社員及其配偶或其直系親屬之關係（如解任董事或對某社員提起訴訟或除名），而爲議決時，該社員是否有表決權。民法雖無規定。然爲謀決議之公平，解釋上該社員不能有表決權也。

總會議決之撤銷　社員於一定情形，得請求法院宣告撤銷總會之決議（五十六條）。德國學者，通常稱爲決議撤銷之訴訟。社員提起此訴之權利，不能剝奪。縱以章程之規定，亦

不能禁止之。提起此訴之條件如次。1.須總會之決議違反法令或章程。所謂違反法令或章程者，不僅決議本身違反法令或章程。即召集總會之程序或其決議之方法，違反法令或章程時，亦包括在內。2.此訴應於決議後三個月內提起之。3.提起此訴者，須為不同意之社員。民法規定苟為不同意之社員，即可提起此訴。其為充董事之社員或為未充董事之社員，在所不問。4.提起此訴之社員，祇須證明總會決議違反法令或章程。無須證明其決議是否有害法人之利益。

決議撤銷之訴之效果　1.決議撤銷之訴，雖已提起。然法院宣告以前，其決議能否撤銷，殊難斷定。故董事不受此訴之拘束。依然依其決議，以執行法人之業務。若恐其決議應撤銷無疑者，自應以自己之責任，中止其執行。2.決議撤銷之宣告確定後，其效力為絕對的。無論對於何人，皆生效力。學者有謂其效力僅拘束訴訟當事人者，實謬見也。3.決議撤銷之宣告，僅有撤銷其宣告的消極的效力。不能代定其決議之事項也。4.決議撤銷之效力，追溯既往。即決議自始無效是也。

有經濟目的法人之機關，通常除總會及董事外，復置監察人（公司法一五二條以下）。無經濟目的之法人，以監察人為非必要的機關。故日民法以是否設置監察人委之於章程捐助行為，總會之決議。蓋無經濟目的之法人，既非營利。且有主管官署為之監督。董事不易舞弊。第監察人之任務，在監視法人之財產狀況及董事之執行事務。自屬有益於法人。我民法

未設監察人之規定，立法上不無討論之餘地也。

第九款　社團法人之內部關係

一、社員之資格

1.資格之取得　社團法人之設立人，訂立章程並得主管官署之許可及爲設立登記時，即取得社員之資格。即社團法人之設立人，於法人成立時，當然爲社員也。然社團法人設立後，社員入社，則非依入社之程序不可。社團法人之入社程序，若章程無特別規定時，須依總會之決議。至社員入社之法律上性質若何，學者間原有議論，有謂社員入社，爲新社員與從來之總社員間之契約者。其說殊謬。蓋法人與合夥有別。合夥非人格者。故入夥應爲從來之合夥員與新合夥員之合夥契約。而法人則不然。法人者，有人格者也。

故社員入社，爲法人與新社員間之行爲。非總社員與新社員間之行爲也。德國基耳克Gierke謂入社雖由於意思之合致。但其合致，實個人法上所未有之別種關係。而爲社會上所特有。日本松本博士云，入社行爲者，法人與新社員間所締結之一種契約。但其契約人之一方，爲他方之服從者。故爲一種服從契約。與通常個人相互間之債務契約逈異。即此意也。

2.資格之喪失　社員之資格，有因自然的喪失者。如因法人之消滅或社員之死亡而喪失是也。關於此點，無須說明。所應說明者，即人爲的喪失社員之資格。所謂退社及除名是也

。

社團法人之社員，一經入社。若永遠禁止其退社。或永遠不能去之。不僅有害公益。且甚不利於法人。是以各國立法，皆有退社或除名之規定。我民法規定，社員得隨時退社。但章程定有退社之時期及方法者，例如限定於事務年度終或經過預告期間後，始准退社者，不在此限（五四條一項）。又爲預防社員之不便，規定預告期間不得超過六個月（同條二項）。若有正當理由，得經總會之決議，開除社員（五〇條二項）。已退社或除名之社員，對於法人之財產，失其一切請求權。而所應分擔之出資，仍負淸償之義務（五五條一項二項）。

3.資格之專屬　資格者，社員之身分也。換言之。即社員對於法人所有一切權利義務關係上之地位也。在有經濟上目的之社團法人即公司，其社員之資格，原可以讓與或繼承。而無經濟上目的之社團法人，即公益法人之社員，其性質與公司之社員逈異。解釋上其社員之資格，應禁止讓與或繼承。

第十款　章程及捐助行爲之變更

社團法人之目的及組織，雖得由設立人以章程訂定之。但社團法人，必有社員。亦必有社員總會。而總會乃決定法人意思之最高機關。當然能變更社團法人之章程也。外國法制，有分章程爲基本的章程與非基本的章程兩種。前者不許變更。我民法無此區別，自不應採此解釋。惟變更章程，乃法人之最重大事項。故須全體社員過半數之出席，出席社員四分之三

以上之同意。或全體社員三分之二以上書面之同意（五十三條一項）。

變更章程者，變更記載於章程之事項也。不問事實上之變更，形式上之變更（字句上之變更），或新記載與原有章程相牴觸之事項，或將原有之意思補充之，敷衍之等，均為變更。但其變更，違反法令或有不合於社團法人之本質時，則不能有效。如將公益之目的，變為營利。廢止總會及事務所。剝奪社員不可奪之權利。命某社員負擔章程中所未規定之義務等是也。

依五十三條之規定，變更章程，乃總會之特有權限。故縱以章程之規定，總會之決議，亦不能委任於其他機關。總會為變更章程之決議時，須全體社員之過半數之出席，出席社員四分之三以上之同意者，乃使其決議方法，特別慎重之故。此定數縱以章程之規定，亦不得增減之。在商法之上股東會，不問社員出席人數者（公司法一八六條），因其表決權行使之方法有差異故也。

法人之目的，亦可依變更章程之方法變更與否，我民法既無規定。解釋頗多滋疑議。或謂法人之目的，乃法人之生命。其變更須經總社員之同意者。又有謂法人之目的，雖得以普通之方法變更之。但其變更，無殊將舊法人消滅，從新設立法人者。然為一定目的而存在之活動主體，不能因擴張或變更其活動範圍，當然喪失其人格之同一性。且不依解散之決議，而生消滅法人之效果，無設立行為，而認新法人之成立，不僅無法律之根據。且與民法規定

法人之解散必依清算之趣旨相反。又以法人之目的，比之於自然人之生命，尙不脫擬制說之臭味。故隨時勢之變遷，加變更於法人之目的者，乃法人富有彈性之特色。關於法人目的之變更，在立法論上或有使其程序較變更章程尤爲嚴重之必要。但我民法旣無規定，解釋上則不能不依變更章程之程序，以變更法人之目的也。

章程之變更，若無主管官署之許可，僅以總會之決意，不能發生效力（五十三條二項）。蓋訂定章程時，旣須經主管官署之許可。則變更時，亦當然須經其許可也。若章程之變更，包含登記事項之變更時，亦須爲變更登記。登記前，不得以其變更，對抗他人。

財團法人之目的及組織，原則上依捐助行爲人之意思而定。若捐助行爲中，承認捐助行爲之變更。且定有變更程序時，固可從其訂定，而爲捐助行爲之變更。蓋如此，乃實行捐助行爲人之意思。非反於其意思也。然財團法人，旣無可以變更章程之最高機關。而董事亦祇能依助捐行爲，以執行法人之事務。無變更章程之權限。若捐助行爲永久不能變更時，其結果將感種種不便。故我民法俾主管官署及法院以變更財團法人之組織及目的之權。卽爲維持財團法人之目的或保存其財產，法院得因利害關係人之聲請，變更其組織（六三條）。因事情之變更，致財團之目的不能達到時。主管官署得斟酌捐助人之意思，變更其目的及其必要之組織。或解散之（六五條）。洵爲適當之規定也。

第十一款　法人之監督

法人之監督，分事務監督與解散及清算監督兩種。

一、事務監督　事務監督者，監督法人之事務，是否違反法人之目的。是否違反公益。董事是否有不正行爲等之事項也。法人之監督官署，依法人之目的而定。故俾法人之目的事業之主管官署以當其監督之任，寧爲適當。主管官署爲達其監督之目的，得以職權隨時調查法人之業務及財產狀況，及其有無違背許可條件，與其法律之規定(三二條)。若法人違背設立許可之條件時，主管官署得撤銷其許可(三四條)，而爲解散法人之原因。若董事不遵主管官署監督之命令，或妨礙其檢查者，須受五百元以下罰鍰之制裁。

罰鍰者，乃以強制私法法規之遵守爲目的之強制罰。卽民事上之金錢罰，而非刑事上之制裁。故不適用刑法總則及刑事訴訟法。而依非訟事件程序法。關於累犯併合論罪之規定，自不能適用。德國非訟事件程序法第三十三條規定，於科罰鍰之前，須預定期間而爲警告，若董事及清算人，於該期間內不遵命令時，始得科以罰鍰。故罰鍰之眞正原因，乃不遵官署之警告。而非違反法規。故董事一次不遵官署之命令，而被處罰時，官署再得加以警告而處罰之。

我民法之解釋，官署爲達到監督之目的，對於董事，得科以罰鍰。若董事仍不遵從，而有違背法規之命令時，自仍得繼續科以罰鍰。又董事一旦有違反法規之行爲，縱令於被處罰前自行糾正，亦不能免罰鍰之制裁。

二、解散及清算之監督　法人之解散及清算之監督，屬於法院。法院得隨時為監督上必要之檢查（四十二條）。蓋法人之解散是否正當，清算人有無不正行為等，在各法人大氐相同。不因其目的事業而有差異。且須保護利害關係人。故不以主管官署為監督機關。而以法院為監督機關也。若清算人不遵法院監督命令，或妨礙檢查者，得處五百元以下之罰鍰（四十三條）。

第十二款　法人之消滅（解散）

第一項　解散之意義及原因

法人之解散（Auflösung, dissolution）者，法人喪失權利能力之原因也。以解散為消滅法人權利能力之絕對原因時，因法人無繼承人，則屬於法人之權利義務，將隨主體之消滅而消滅。故法律為預妨此不便之結果，設清算之制。迄清算終了時止，法人尚視為存續（四〇條第二項），是以解散非即時消滅法人之人格。僅為喪失人格之原因而已。

解散後所存續之法人，即清算法人，在法律上之性質若何，學說不一。或謂法人因解散而消滅。清算法人，乃由法律之直接作用，所新設之法人。或謂法人之權利能力，不因解散而消滅。解散不過於法人之權利能力中，喪失其生產方面之能力（Produktive Selte）而已。解散後所存續之法人，與解散前之法人同一也。民法四〇條二項之「視為存續」者，當然為同一法人之存續。惟此同一法人之存續，是否由於法律之擬制，則有研究之餘地。蓋清算法

人有時殊難認爲與解散前同一社會組織體之存續者（如社員之缺亡）。再由民法所用「視爲存續」之文字觀察之。則清算法人與解散前之法人同一者，因爲法律之擬制也。

清算法人，惟在清算之目的範圍內，有權利能力。故不能執行原來法人目的之事業。又不能變更清算目的，復執行本來目的之事業。然在清算之目的範圍內，從來之法人尚視爲存續。故法人對內及對外關係，尙爲存續。總會仍爲法人之機關，得監督清算事務。法人之債權人，非清算人及歸屬權利人之債權人。仍爲法人之債權人。法人之債務，仍爲法人本身之債務。

法人之解散原因如次。

1. 章目及捐助行爲所定解散事由之發生，章程及捐助行爲得自由訂定其解散事由。最普通者，爲定有存續期間。其期間到來前，固可將章程及捐助行爲變更，以延長其期間。然期間滿了後，法人即須解散，而爲清算。不得延長其存續期間也。

2. 法人之目的事業已成就或不能成就　法人之目的事業之成就，爲法人解散之原因者，無論何人，均無異議。然其成就之不能，是否爲法人消滅之原因。則議論不一。或謂「不能」僅爲法人消滅之遠因，非法人當然歸於消滅。其目的不能時，猶可變更法人之目的，而使同一法人存續（Regelsberger.Stobbe）。或謂「不能」，雖可爲法人消滅之原因。但有直接變更目的之方法時，則不然。或謂目的不能以前，固不妨變更其目的，而使法人存續。而一

且成爲不能時，則法人已缺乏成立之要件。此時除解散外，別無救濟方法。若章程捐助行爲中自定有變更之方法時（如第一次某某事業不能時則執行某事業），其第一次不能時，固不能消滅法人之人格。此時非眞正之目的不能也。我民法規定，社團法人之事務不能依章目所定進行時，法院得因利害關係人之聲請解散之（五八條），因事情變更，致財團法人之目的不能達到時，主管官署得斟酌捐助人之意思，變更其目的及其必要之組織。或解散之（六五條）。

不能分法律的不能，與事實的不能。又不能之意義，須依社會觀念以決定之。故不僅物理的不能，至事業之進行極爲困難，所謂一般觀念上認爲不能時，亦包含之。

3.破產　法人之財產，不能償還債務時，即債務超過（Ueberschuldung）時，董事須向法院聲請破產（三五條一項）。蓋法人之資力，主爲財產。如使債務超過之法人存續時，其影響於第三人匪淺。故使董事負聲請破產之義務。若董事不爲破產之聲請，致法人之債權人受損害時，其有過失之董事應負賠償之責（三五條二項）。

4.設立許可之撤銷　法人違反設立許可之條件時，主管官署得撤銷其許可（三十四條）。許可撤銷時，法人即須解散。主管官署爲設立之許可時，固完全屬於自由裁量之範圍。然一旦欲撤銷其許可時，則不能不有法律之根據。此點爲學說所一致（Bolber, Regelsberger, Windscheid）。若主管官署無正當理由，撤銷設立之許可，或爲解散之宣告，法人得依行政

訴訟以資救濟。

5.總會之決議　以總會之決議而解散法人者，亦僅限於社團法人。社團法人得隨時以全體社員三分之二以上可決解散之（五十七條），附條件或期限所爲解散決議，是否有效？日本大審院雖有附確定期限所爲之解散決議爲有效之判決。但附條件或期限之解散決議，不伴有公示法人解散時期之必要。且須將其解散事由，規定於章程中。是此種決議，自應依變更章程之程序也。

6.宣告解散　法人之目的或行爲有違反法律公共秩序善良風俗者，法院得因主管官署檢察官或利害關係人之請求，宣告散解（三六條）。外國人在中國所設事務所有此情形者，法院得撤銷其事務所（民法總則施行法第十四條）。

7.社員之缺亡　亦僅限於社團法人。雖馬法以社員全部缺亡時，法人方可解散。蓋社員尚有一人時，法人尚有存續之可能。故無使法人消滅之必要（Windscheid, Dernburg）。又有少數學者，主張社員縱全體缺亡，法人尚非當然消滅。蓋法人尚可補充新社員故也。又有主張社團全部缺亡時，則該社團法人，須令其變爲財團法人者（Brinz）。我民法關於此點，雖無規定。但社團法人，既爲人的團體，則社員之缺亡，應爲社團法人解散之原因。而社員缺亡之解釋。又以採第一說爲當。蓋社員尚有一人時，尚可補充新社員入社，而有構成人的團體之可能。此時法人尚可存續故也。然在立法論上，或倣德國民法第二百二十一條之立

法例，規定最小限度之社員額爲妥。蓋僅有一社員之社團法人，倘許其經營事業時，則法人所有一切事業，皆取決於一人。難保其不生弊端也。

第二項 清算

清算（Liquidation）者，處理法人殘務之程序。而民法法人解散之必然的結果也。商法中之公司，可依合併之方法，將其財產全部爲包括的移轉。民法則不認此方法。對於法人爲破產宣告時，須依破產法所規定之程序以處理殘務。其程序雖與民法所規定者不同。固不失爲一種清算程序也。蓋破產乃以平等保護債權人爲目的。則爲分配之必要，須調查債權之總額後，方可從事清償。反之。在清算程序。依債權人請求之先後，而爲清償。且須清償債權額之全部。若對於一部分債權人爲全額之清償，而對於其他之債權人完全不能照償時，殊欠平允。故法人之財產不足以清償債權之總額時，則不問清算至如何程度，即須移轉於破產程序，而爲公平之分配。

通常清算人移交剩餘財產於歸屬權利人時，其任務即行終了。在破產，則於移交清算事務時，其任務即行終了。爾後之破產管理人，乃法人之唯一代表者。外國法制，雖有採破產管理人與清算人並立之主義者。我民法則不認此主義。清算人於移交清算事務時，當然解任，並無須何等解任之手續也。

關於清算之民法規定，乃強行法規。故縱以章程及捐助行爲之訂定，總會之決議，如不

依法律所規定清算程序時，則不能處理已解散法人之殘務。清算程序，除本通則有規定外，準用股份有限公司之規定(四一條)。

清算人爲辦理清算事務之法人機關，其對法人之關係，與董事同。而稱爲清算人者，因其權限僅限於清算故也。

法人解散後，其辦理清算事務，原則上由董事任之。但章程及捐助行爲有特別訂定者，或總會另有決議者，自應從其訂定或決議(三十七條)。若章程捐助行爲無特別訂定，總會亦無決議，董事亦不存在時。法院得因利害關係人(如法人之權利人及歸屬權利人)之聲請，選任清算人(三十八條)法院認爲必要時，得解除清算人之任務(三十九條)。

清算人之職務，民法列舉了結現務，收取債權，清償債務及移交剩餘財產於歸屬權利人數種(四〇條一項)。但不能以此規定，爲限定清算人之範圍。清算人雖不能爲新事業。而於處理殘務之範圍內，除列舉之事項外，尙得爲必要之行爲也。如清算人得提起解散決議無效之訴是。此外登記，及清算人查悉法人之財產不足清償其債務時，須聲請破產(三十五條一項)，亦爲清算人之職務也。清算人於宣告破產時，將其事務移交於破產管理人，其職務卽行終了，又清算之程序，除本通則有規定外，準用股份有限公司清算之規定(四十一條)。

1.了結現務　完結法人解散當時已行着手而尙未了結之事務也。爲了結現務之必要時，故不妨爲法律行爲。

2.收取債權　收取債權者，除求償在清償期之債權外，尚包含債權之讓與及變價。如有將附期限或條件之債權變價之必要時，則不能不依讓與之方法。若無必要，則不必變價，而將其編入剩餘財產。

3.清償債務　債務之清償，一面須使各債權人受公平之清償。而他面則從速了結清算事務。故德國民法第五十條規定，清算人於法人解散公告中，應催告債權人，申報其權利。就對於已知之債權人，須逐一催告申報其權利。日本民法亦有同樣之規定（日民七十九條）。我民法未採用之。

4.移交剩餘財產　清算法人之債務清了後，尚有剩餘財產時。結局歸屬何人，成爲立法上之問題。自然人原則上有繼承人。於死亡時，其遺產縱有時歸屬國庫，亦不至生不當之結果。但法人既無繼承人。若即以其財產視同無人繼承之遺產，使歸屬於國庫，殊不合於設立人之本意。此法律所以不能不定剩餘財產之歸屬也。營利法人，原以社員個人之利益爲目的。固可以其剩餘財產，分配於社員。而公益法人，非以社員個人之利益爲目的。故處分其剩餘財產時，務期合於設立人之目的。我民法據此理由，規定次之處分方法。

1.法人剩餘財產之歸屬應依其章程之規定或總會之決議（四十四條第一項）。以章程或捐助行爲指定剩餘財產之歸屬時。其被指定人，在法人存續期間內，對於法人之財產，尚無何等請求權。僅有一種期待權。恰與繼承開始前之繼承人之地位相類似。自得以章程及捐助

行為之變更，而喪失其地位。但此時是否須經歸屬權利人之同意（積極說 Windscheid 消極說 Regelsberger），在以營利為目的之法人，社員權之重要部分，乃為取得解散後法人之財產。社員自始對於公司財產，有所有分。故不能以多數決而排除之。而公益法人則與此大異。所預定歸屬權利人，既對法人之財產．無何等既得之權利。縱以多數決而變更之，不能謂為權利之侵害也。

法人解散時。歸屬權利人之期待權一變而為完全之財產權。然其權利之性質若何，則有數說。或以之為對於法人之債權。或以為與繼承權相類似之一種財產權。而有取得財產之法律原因（Rechtigungsgrund）之特別權利。以上兩說，以後說為優。故法人之剩餘財產，業經確定。而清算人不移交於歸屬權利人時。歸屬權利人，得以所有權之訴，而請求移交。

法人解散後，至清算結止，在清算之必要範圍內，法人尚視為存續。則於清算終結前，其財產仍然屬於清算法人。故應於清算終結後，其剩餘財產方能移交於歸屬權利人。

若歸屬權利人有數人時，須以所定成數分配之。德國民法雖規定須以金錢變價。而於移交剩餘財產前，須定若干停止期間。俾債權人申報其權利。我民法則未設此規定。自不能為同樣解釋。故清算終結後，即須移交剩餘財產於歸屬權利人。若歸屬權利人有數人時，亦不妨照所定成數分配之。

2. 若無章程之規定，或總會之決議時，其剩餘財產，屬於法人住所所在地之地方自治團

體（四四條二項）。若章程及捐助行爲無特別之訂定，總會亦無決議時。有主張國庫乃法人之繼承人。或準用無人繼承之規定，使其剩餘財產歸屬國庫者（德民四十六條 Windscheid, Brinz）。有主張法人消滅後之剩餘財產，成爲無主物。須依無主物歸屬國庫之原則者（Regelsberger）。但法人之解散，不能卽視爲開始繼承之原因。則國庫不能爲法人之繼承人者，其甚明。外國法制，雖有剩餘財產歸屬國庫之規定。然法人解散時，必須依淸算。淸算終結時，若有剩餘財產，方行歸屬於國庫。是國庫並非法人之繼承人，而包括繼承法人之一切積極的及消極的財產也。又歸屬於國庫之無主物，僅限於不動產。而散後法人之財產，，並不限於不動產。於移交於歸屬權利人以前，尙爲法人之財產。亦非無主物也。或有主張法人之剩餘財產，須歸屬於其最後之社員或社員之繼承人者。然民法上之公益法人，非以社員個人之利益爲目的。以其剩餘財產分配於社員，殊有背於設立法人之本意。故日本民法（七二條）規定，董事得經法院之許可，擇與法人目的相類似之目的，處分其剩餘財產。若不能爲此處分時，歸屬於國庫。我民法則規定法人之剩餘財產，屬於法人住所所在地之地方自治團體。蓋使其歸屬於國庫時，雖足以補助公益。然與原來設立法人之本意，相去太遠。不若使其歸屬於地方自治團體，俾得經營類似之地方公益事業爲當也。

第十三款　外國法人

法人亦有內國法人與外國法人之別。蓋兩者之權利能力之範圍，及其代表，管理，監督

之規定各異故也。

以血統爲區別自然人國籍之原則，不能適用於法人者，其理甚明。又如少數學者所主張，以設立者之國籍而決定法人之國籍。其謬誤自不待言言。

所民法總則施行法，對於內外法人，本指示其區別之標準。僅對於我國是否承認外國法人一點，設有規定而已。故區別內外法人之標準，勢不能不求之於民法及其他法律之立法理由而決定之。此問題之研究，屬於國際私法之範圍。今爲決定民法適用於外國法人之範圍起見，略述內外法人之區別如次。

第一、外國法人除依我國法律規定外，不認許其成立（民法總則施行法第十一條）。蓋法人之人格乃法律所賦與。依他國法律所賦與之人格，在我國法律上，不能當然即認其人格。如依外國法所設立之法人，其住所移轉於我國時。不能當然爲內國法人是也。

第二、須在我國有住所或主事務所。自理論上言之。法人須以住所或主事所爲其決定國籍之標準。蓋國籍之決定，須其人或法人與其國有否密切關係爲標準。而法人之住所，乃其業務之中心點。故其中心點之所在地，即可謂與該國家有密切關係故也。加之，按我民法法人之設立，須於主事務所所在地爲設立登記，方能成立。又其登記程序，須依我國法之規定。故在我國內無住所之法人，不能爲設立登記者，甚明。由此觀之。在我國有住所者，乃內國法人之一要件也無疑。

民法上之法人，僅限於公益法人。各國之利害關係，各不一致。在一國視爲有益之事業，在他國則往往認爲有害。故外國法人者，畢竟依外國法所設立，而依內國法之認許，方賦與人格者也。所謂認許者，非認外國法人爲內國法人。乃認外國法人爲內國私權主體而已。

外國之公益法人，除法律所認許者外，不得爲內國權利義務之主體。關於此等公益之認定，各國見解，各不一致。且其活動範圍，又鮮涉國外故也。

經我國法律認許之外國法人，於法令限制內，與同種類之中國法人有同一之權利能力。又其服從中國法律之義務，與中國法人同（民法總則施行法第十二條）。蓋外國法人，於其本國享有之權利，在我國往往不得享有。而於其本國不得享有之權利，在我國有時亦得享有之。若在中國無同種類之法人存在時，則該法人之權利能力之範圍，須依其本國法而決定之。

對於以上之原則，尙有二例外。即1.外國人不得享有之權利，外國法人不得享有。2.依法令或條約之規定，外國法人不得享有之權利，亦不得享有是也。

外國法人在中國設立事務所者，準用民法總則第三十條第四十五條第四十六條第四十八條第五十九條第六十一條及前條之規定（民法總則施行法第十三條）。蓋依中國法律所認許之外國法人，在中國無事務所時。固不能強令其登記。且無強制之必要。若在中國設事務所時，則該外國法人，已有在中國經營事業之意。故須令其登記。俾該法人之目的及組織，公

示於衆人。否則一般人將不敢安心與法人爲各種交易也。此時關於登記事項，登記期間，及制裁等，皆須適用內國法人之規定。但在外國所生之事項，如資本之增加董事之更換等，其通知達到我國以前，無由知悉。須解爲自該通知達到以後，方可令其登記。在中國設有事務所之外國法人，若其目的或其行爲，有違反法律公共秩序善良風俗者，法院得撤銷之（民法總則施行法第十四條）。

外國法人在中國設事務所者，與在內國所設之法人無以少異。故以營利爲目的之外國社團法人，其取得法人資格，依特別法之規定。若有三十六條所定情事，以公益爲目的之外國法人，於登記前，應得主管官署之許可。蓋使主管官署容易監督其業務。而與該法人爲交易之善意第三人，不至因此蒙不測之損失也。

關於外國法人之管理，民法既無明文。解釋上常從其本國法之規定。蓋認許外國法人之成立，乃認外國法人之人格。則關於其機關與代表方法等，勢不能不依本國法也。關於解散事由，亦然。

未經認許成立之外國法人，以其名義與他人爲法律行爲者。其行爲人就該法律行爲，應與該外國法人負連帶責任（民法總則施行法第十五條）。

第二章 權利之客體

權利者，法律認其爲活動主體（權利主體）。而得享受一定社會的利益之法律上之力也。故權利之成立，除權利主體外，尙有爲其內容之社會的利益。此等社會的利益，稱爲權利之目的。而權利目的之成立，尙須有一定對象即生活資料之存在。此等對象，稱爲權利之客體。即普通稱爲標的者是也。

學者多將權利之客體與權利之目的，用諸於同一意義。此不過用語之問題，固無待深究。然權利之內容，與爲其內容之生活資料，似有區別之必要。故余欲稱前者爲目的。後者爲客體。如一定之物，固可爲權利之客體。然權利人對之得享受一定之利益，乃權利之目的。由此推論之。在所有權與其他物權之間，客體固同。而目的則異。即在債權，其供債權人需要之對象，乃債務人。故債權之客體，乃債務人。而債權之目的，乃對債務者得要求一定之行爲也。

權利之客體，因各種之權利而異。物權及債權之客體，已如前述。其他如繼承權之客體，乃繼承財產即權利義務之一團。無體財產權之客體，乃精神的產出物是也。

第一節 物之意義

所稱爲物者，限於有體物（日本民法八五條德民法九〇條）。在羅馬法及法法系之民法

，不以有體物爲物之要件。故分物爲有體物（Korperliche Sachen）與無體物（Unkorperliche Sachen）。德國民法，否認無體物之觀念。其理由爲如認無體物之觀念時，則所有權債權等，亦得稱之爲物。其結果於所有權之上，更得認所有權之存在。是認無體物之觀念時，轉足紊亂物權債權之區別，而無實益也。民法對於物之觀念，既無規定。解釋上應僅限於有體物也。有體物者，存諸人生以外，而能占領空間之一部者之謂。至占領空間之形狀若何，固無限制。除固體外，液體氣體亦爲有體物。然光熱音響，則非物也。

物不包含活人之身體。故物須爲外界之一部。自己之身體，雖可爲身體權及人格權之客體。然權利人自身爲其權利之客體者，乃當然之結果。身體不能獨立爲權利之客體也。他人之身體或其一部，其不能爲權利之客體，至不待言。至以人工接着於身體之物，苟認其爲身體之一部時，亦不能爲權利之客體（如鑲牙）。反之。與身體結合，僅供其不時使用之物，則非身體之一部。得獨立爲權利之客體。

已與人體分離之齒髮等，得爲權利客體。蓋人之不能於自己身上發生所有權者，以其現尙構成身體一部分之障礙存在之故。苟此障礙一旦撤除，則對於非其身體一部之物，發生所有權，固無礙也。

使分離身體一部之契約，是否生法律上之效力。須視此契約違背公序良俗與否爲斷。如理髮手術之契約，固爲有效。而無故使切斷身體一部之契約，與以身體一部供債權担保之契

約，則無效也。屍體是否爲物，又得爲何種權利之客體，議論尙難一致。日本鳩山博士，解釋屍體爲物。且得爲繼承人之所有權之客體。蓋人死後，其身體已爲外界之一部。故亦得爲物。又如反對者之主張，謂屍體不能爲所有權之客體者，不過以屍體既非財產。則存在其上之權利，不能爲財產權耳。但所有權不一定有經濟的價值。故反對者之主張，不能認爲有充分理由也。而有排他性之支配權，縱令受公益及公序良俗等種種之制限，尙得稱爲所有權也。然繼承人對屍體有所有權之理由，不能直接求之於法律。又不能以先占或繼承爲理由。因習慣法上，繼承人對於屍體，有一定之處分權。而此處分權，當解釋爲法律上之所有權（日本鳩山博士日本民法二三八頁日本大正十年七月二十五日大審判例承認遺產繼承人對於家族之遺骨有所有權）。

關於處置屍體及其他法律行爲之遺囑，不能當然認爲無效。如關於解剖之遺囑，原則上當然有效。惟其法律行爲之內容，有違背公序良俗時，爲無效耳。

物須有得爲私權客體之適格。不適於爲私權客體之物，物理學上雖可稱之爲物。然非民法上之物。得爲私權客體之適格，稱爲物之權利能力（Rechsthahigkeit der Sache）。而得爲交易客體之適格，謂爲物之交易能力或行爲能力（Verkehrs od. Handlungsfahigkeit der Sache）。茲略述無權利能力之物如次。

1. 不在人力支配內之物　如日月星辰海洋。

客體。

2.物之一部分　物之一部分，原則上不能視爲物。然對此原則，尚有一二重要例外。

甲、法律對於物之一部，亦有時認獨立物權之成立。此時物之一部，亦得爲物權之客體。

乙、社會觀念上，如認物之一部爲獨立權利之客體時，須從其社會觀念。因物之能獨立與否，須依社會觀念而決定故之也。此點之詳細研究，則讓諸物權法。

3.物之集團，原則上不得爲一個權利之客體。如羣羊及圖書館之藏書，不能爲一個所有權之客體是也。對於其各個之物，得成立所有權，是不待言。但有次之例外。

甲、定量之集合物，如認爲有社會的價値時，得爲一個權利之客體。如米穀土沙之類。各粒之米，不能爲權利之客體。而一斗或一升，方能爲權利之客體是也。

乙、法律上以有經濟的價値之財團，作爲一個不動產或物者。此時物之集團，在法律上視爲一個之物。而爲一個權利之客體。如工廠財團，鑛業財團之類。

第二節　物之種類

民法僅規定動產，不動產，主物，從物，原物及孳息幾種。究其趣旨，並非否認羅馬以來所公認物之種類。故除民法規定外，一般所公認之物，尚須爲種種之分類。玆簡單說明如次。

一、融通物及不融通物　融通物，不融通物者，以物之交易能力即融通能力之有無爲標

準之分類也。故無權利能力之物，民法上既不能稱爲物。當然無融通能力。玆爲便宜計，列其主要之不融通物如次。

1. 公共物　如空氣海洋，雖得爲人類所使用。但無論何人，不能支配之。其無權利能力，已如前述。

公共物雖不能爲權利之客體。然一般人皆得使用之。苟他人不當妨害其使用時，即可視爲人格權——自由權——之侵害，而爲侵權與爲。

公共物雖不得爲一般私權之客體。然依國家之行政行爲，亦可得爲權利之客體。如將海面之一部，爲獨占之漁場是。

2. 公有物　公有物有廣狹二義。廣義之公有物，乃屬於國家及公法人之物之總稱。狹義之公有物，乃供公共使用之物而言。故廣義之公有物中，供國家或公法人使用之物，即所謂收益財產（Finanzvermogen）。如國有之山林，原野，有價證券等，非不融通物也。唯狹義之公有物，乃不融通物。而供公共使用物中，得區別爲供國家或公法人之公務使用物，與供公衆更用物。如官廳，要塞，軍艦，屬於前者。公園，公川，港灣，屬於後者。此等物非於公用廢止後，無融通性。

3. 禁止物　法令所禁止之物，包含禁止所有持有之物，與禁止交易之物。如鴉片煙，僞造貨幣，猥褻之文書圖書等是。

二、代替物不代替物　一般交易上注重於品質種類及數量之物，爲代替物。而注重於其個性之物，爲不代替物（Individual Sachen, unvertretbare Sachen,）。兩者之區別，在能以同種同量之他物代替與否爲標準。如米穀酒油金錢書籍之類，爲代替物。而土地房屋鐘表寶石之類，爲不代替物是也。

代替物與不代替物之區別，於民法適用上，最有關係者，即消費借貸之標的物，限於代替物是也。

代替物不代替物與特定物（Bestimmte Sachen）不特物之區別，似同而實異。前者專以物之性質而分。後者則以當事人之意思而定。例如法律行爲之當事人，得以性質上可代替之物，爲特定物（如箱中之銀倉庫中之米穀類是）。

三、消費物不消費物　由消耗或讓與以達使用目的之物，爲消費物（Verdrauchbare Sachen）。不然者，爲不消費物。穀米油鹽金錢，屬於前者。書籍衣服鐘表，屬於後者。此兩者區別之必要，因消費物與消費借貸有關係故也。

四、可分物不可分物　由分割而不變其性質，或不甚損其價格之物，爲可分物（Teilbare Sachen）。由分割而變其性質，或甚減少其價格者，爲不可分物。如分一馬，即失馬之性質。分割一粒珍珠，則損其價格。故馬及珍珠，爲不可分物。

此區別之實益，爲債權人或債務人有數人時，最關重要。但關於共有物分割之方法及附

合混合，亦有此區別之必要。

五、特定物及不特定物　依當事者之意思及其他之事實，所具體指定之物，爲特定物（Bestimmte Sachen）。惟抽象的指定種類品質數量之物，爲不特定物。此區別雖大體與代替物不代替物之區別相同。然當事人得以代替物爲特定物。以通常不代替物爲不特定物。如寄託特定之貨幣，乃前者之例。買賣某公司製造某號之鐘錶若干，乃後者之例也。特定物不特定物之區別，在債權法中，尤爲顯著。而物權原則上僅能存在於特定物上也。

六、單一物合成物及集合物　單一物（Einfache Sachen）者，形質上爲獨立一體之物也。其成爲一體時，固不問其抑由於自然或人力。但其各構成部分，須喪失個性。合成物（Zusammengesetzte Sachen）者，依數個物之結合，所成立之物也。在其結合狀態，固爲一個之物。而爲一權利之客體。但其各構成部分，尙得認爲一個物體也。如建築物及嵌寶石之耳環是。

集合物之中，所謂物之集團，稱爲事實上之集合物。其非一物，已如前述。其他尙有稱爲法律上之集合物者。如包括繼承，乃包括權利義務而言。究非集合物。財產一語，用諸種種意義。或指權利義務之集團。或指積極的財產。或指財產權。

七、動產及不動產　土地及其定着物，爲不動產。其他之物，皆爲動產（六十六條一項六十七條）。不動產之出產物，尙未分離者，爲該不動產之構成部分（六十六條二項）。

動產（Movables, Bewegliche Sachen, Fahrnissachen, Mobilien）不動產（Immovables, unbewegliche Sachen, Liegenschaften, Immobilien）之區別，在物之分類中，極爲重要。自羅馬法以來，莫不認之。其區別之理由有二。1.社會上經濟上之價值之差異。在以土地爲世襲財產之封建時代，則土地社會上，自有重大之價值。自封建制度廢止後，其社會的價值，雖微有減少。然尤不僅在人類生活之根據上，占重要之地位。且在經濟的價值上，較多數之動產，占優越之地位。2.基因於不動產之性質。因不動產不易變更其位置。且得依賬簿之記載，認識其同一性。而有於其所在地以公簿公示其法律關係之特徵。此不動產之所以採用登記制度也。

土地者，屬於人力能支配之地球之一部。性質上絕對不動之物，雖僅限於土地。而與土地永久定着之物，如房屋，在其不易變更其位置之點，與一般動產大異其趣。在法律上視爲不動產，頗爲妥當。故諸國法制，皆認房屋爲不動產也。至其認爲不動產之形式，則各國法制，不必一致。羅馬採「地上之物屬於土地（Superficies Solocedit）」之原則。故視定着於土地之建築物及其他之物，爲土地之構成部分（Bestandteil），而爲不動產。歐洲諸國之法制，皆採此原則。我國雖未全然排斥土地構成部分之觀念。而無視建築物爲土地一部分之習慣。故不採羅馬之原則。而以房屋爲獨立之不動產。

八、主物及從物　常助主物之效用，而屬於同一人者，爲從物（六十八條）（Nebensach-

en, Pertinenzen）。對此從物，而有獨立之效用者 稱爲主物（Hauptsachen）。主物從物之區別，發源於羅馬。東西各國民法，多襲用之（德民法九七條日民八七條）。我民法亦然（六十八條）。茲將其區別之要點述之如次。

1.須爲獨立之物　物之構成部分與從物之區別，前者乃物理上與物相結合。且一般觀念上，認爲物之一部。又法律上以屬於同一所有者，爲原則。從物則否。

從物雖多爲動產。然不動產亦有時得爲從物。如附屬於田莊之住宅房屋是。

2.從物者　常助主物之效用，所附屬之物也。換言之。即爲完成主物之經濟上效用所附屬之物也。故室中陳設之古玩，不得謂之爲室之從物。又有暫時雖不供其主物之用，仍不失其從物之性質者。例如風門，縱夏日暫藏不用。然不失其爲房屋之從物也（德民九七條二項）。

主物從物區別之必要，蓋從物須從主物之命運也。主物從物原各爲獨立之物。各有其所有權者也。故從物須從主物之命運，各國多以法律規定之，以明其旨。但從物從主物之命運之程度，各國立法，不必一致。德民主物爲土地之時，與爲動產之時，有別。主物爲動產者，祇讓與主物或於主物上設定質權時。當然其效力及於從物。又遺贈之時，推定其遺贈之債務及於從物。日本民法則反是，僅爲概括的規定。令從物須從主物之處分焉（日民法八十七條二項）。日本民法與德國民法相異之點有二。

1.所謂處分者，指權利人對於物所得爲之一切行爲而言。故日本民法不限於讓與主物，於主物上設定質權等權利及遺贈時，其從物始從主物之命運，是不待言。

2.日民法八七條二項，從物從主物處分之規定，非意思解釋之規定也。詳言之。依日本民法之規定，當事人無別樣意思表示時，從物當然從主物之處分也。故與德國民法之推定當事人之意思不同。

我民法主物之處分及於從物(六八條二項)，係採日本立法例也。

九、原物及孳息　關於孳息（Fructus, Fruits Fruchte,），各國民法，皆有規定。德國民法(九九條)由權利所生之收益，亦得稱爲孳息。我民法之解釋亦然。故孳息者，由物或法律關係所生之收益也。生此收益之物稱爲原物(Chose, Originaire, Muttersache, Substanz)。孳息分天然孳息 (Fructus baturalos, Fruits naturales,. Naturliche Fruchte) 與法定孳息(Fructuscivlles, Fruits Civils, juristische Fruchte)。

天然孳息者，謂果實動物之產物及其他依物之用法所收獲之出產物也（六十九條一項）。關於天然孳息之意義，有數說。有以自然科學上之觀察，稱物之有機的産出物(Organische Erzeugnis)爲天然孳息者。此說嘗盛行於德國。然近時之學說，皆由經濟的見地，以定孳息之意義。故無機的產出物，亦得稱爲孳息。而由經濟的見地以定天然孳息之定義，有主張以定期收獲爲必要者。又有主張不消耗原物爲必要者。我民法皆不採用之。凡依物用法所收獲

之出產物，皆得稱爲孳息也。

產出物者，由某物所產出之物也。不問其由於自然或人工。及爲有機的或無機的。故除樹之果實，牛之牛乳外，其他煤炭砂鑛物等，皆得稱爲天然孳息也。然物苟變更其形態時，則不能稱爲產出物。如由雞卵所生之雛雞，牛之肉等，則非孳息也。又產出物云者，須爲其原物之一部。故在養魚塲所捕獲之魚，亦不能稱爲孳息也。

依物之用法所生之物者，須爲依原物經濟上之用途所生之物，故無經濟上之目的所產出之物，非孳息也。如盆樹之果實，庭園之枯葉等是。德民法對於有機的產出物，不以依物之用法所產出爲必要。

物之用法，從其使用者之所定。使用者未定其用法時，須依物之經濟的性質以決定之。依物之用法所收獲云者，並不以人之行爲爲必要。其分離之物，或出諸自然，抑由於人力，亦不妨爲孳息也。

有收取天然孳息權利之人，於其權利存續期間內，取得與原物分離之孳息（七〇條一項）。德國固有法採生產主義。羅馬法則採分離主義。我民法及諸國之法制，皆係採諸羅馬法也。蓋在孳息之生產中，供資本或勞力者，與於孳息分離時，有原物之所有權者或收益權者不同時。俾後者以取得孳息之所有權，現在今社會制度上，寧爲當然也。又在法律上言之。孳息於其分離時，方得爲獨立之物。而生獨立之所有權。此時須俾有取得所有權之權利者

以取得孳息之所有權爲當也。

定天然孳息之歸屬權利人之民法規定，其趣旨不外於孳息分離時，劃一的決定歸屬權利人法律關係。故爲強行法規。以當事者之特約，不得變更之。但歸屬權利人，對於其將來應取得之孳息，亦可爲讓與。又將近成熟之樹木之果實，在社會觀念上皆認爲獨立之物。故得於其分離前，爲處分行爲也。

法律孳息者，謂利息，租金及其他因法律關係所得之收益也（六十九條二項）。

有收取法定孳息之權利人，按其權利存續期間內之日數，取得其孳息（七〇條二項）。故於其存續期內，收取權人有變動時，新舊權利人各以其權利之存續期間爲比例，取得其法定孳息。

第三章　法律行爲

第一節　總說

第一款　法律關係及法律效果

法律關係（Rechtsverhaltuis）者，法律所規定之生活關係也。吾人之生活關係（Lebensverhaltnis）有得爲法規之對象者。有不得爲法規之對象者。如由買賣所生之買主賣主間之關係乃前者之適例。而由與友人爲散步約束所生之關係，則屬於後者。然社會逐漸進步，國家每每以法律規律吾人之種種生活關係，則法律關係，亦有逐漸增加之傾向。

法律關係，常爲社會之中心力（主權與法律）所認知保護。而單純之事實關係，則缺此保護。此二者之差異也。有此保護，則爲法律關係之基礎之事實，不僅生事實上之效果。且生法律上之效果。此效果稱爲法律效果（Rechtswirkung）。故法律關係，又可謂爲常生法律效果之生活關係也。

法律效果之主要者爲權利之得喪變更。法律之以生活關係爲法律關係而俾以法律效果者，亦無非基於此生活關係之社會的作用。現今法律所規定之權利義務，乃實現此社會作用之手段也。法律效果之主要者，爲權利義務之發生變更及消滅。而主以權利之得喪變更爲法律效果者，乃係以權利爲本位而觀察之也　法律效果之主要者，雖爲權利之得喪變更。然其他

之效果，亦未可謂爲絕無。如權利能力之取得，行爲能力之取得，擴張，限制，代理權之發生等，亦爲一種法律效果者也。

法律效果之發生，必有爲其原因之法律事實。此法律事實，稱爲法律要件。法律行爲，乃法律要件之一。故於研究法律行爲前，須先述權利之得喪變更，及爲其原因之法律要件。

第二款　權利之得喪變更

第一項　權利之取得

權利之取得者，乃權利與某特定主體（自然人或法人）相結合之謂。在權利之本質上，若認無主體之權利時，則權利之成立，理論上不一定爲權利之取得，然余不認無主體之權利，故權利之成立及發生，必爲權利之取得也。

權利之取得有原始的取得(Originarer, Ursprunglicher oder Selbstandiger Rechtserwerb; Acquisition originaire ou Primitive) 與繼受的取得 (Derivativer oder Abgeleiteter Rechtserwerb: Acquisition derivee) 兩種。前者乃不基於他人之權利 而獨立取得權利之謂。如先占取得，由取得時效之取得屬之。後者乃基於他人之權利而取得權利之謂。如繼承讓與屬之。現今法律上權利得不失其同一性而變更其主體。故權利之取得，可分爲此二種也。

繼受的取得者，基因於他人之權利而取得權利之謂。卽須有他人之權利，方能爲繼受的取得。前權利人稱爲前主，或被繼承人 (Vormann, Actor juris)。新權利人稱爲後主，或繼

承人(Nachmann, Successor)。繼受的取得有基於取得人之思意者。如以法律行為而取得所有權是。又有非基於取得人之意思法律上當然取得者。如繼承是。繼受的取得，有左列之特質。

（1）繼承人之權利，原則上不得優於前主之權利。蓋無論如何，不得移轉較自己所有更大之權利於他人。故前主權利之瑕疵及限制，當然仍存在於後主之權利上也。但法律有時為交易之安全計，設此原則之例外規定。

（2）繼承人於證明其權利之取得時，除須證明繼承之事實外，尚須證明前主權利之存在。

（3）繼承人原則上取得其從權利。

分繼受的取得為設定的或創設的取得(Konstitutiver Rechtserwerb)與移轉的取得(Translativer Rechtserwerb)。移轉的取得者，不變更前主權利之形態而將其移轉於後主之謂。換言之，權利主體雖有變更，而權利本身，則前後仍為同一。如因讓與而取得權利是。

或謂權利無特定主體則不能存在。權利主體係權利之要素。故權利主體一旦有變更，則前後之權利，不能同一。此際前主之權利消滅，繼承人係取得由前主權利之材料所作成之新權利(Kuntze, Neuner)者。依此說，雖認權利材料之承繼，而否認權利本身之繼承。然在今日之法律思想，物權債權皆具有移轉性。權利既係以法律之力使與特定人格相結合。自應

得以法律之力移轉於他人也。

設定的或創設的取得者，基於既存之權利而設定別種權利之謂。如土地所有權人設定地上權永佃權等是。此時前主之權利僅受一定限制，並非消滅。又後主之權利內容，雖與前主不同。然其權利之取得，係基於前主之權利。故屬於繼受的取得。

或謂在創設的取得，後主之權利乃前主權利之構成分子。依設定行爲，使其與前主之權利分離獨立，而移轉於後主而已（Brinz）。依此說，則非創設的取得，而爲移轉取得矣。此說不足採。蓋所有權係唯一圓滿之權利，並非多數權利之集合。所有權之內，並非包含地上權永佃權。故依設定行爲，所設定之權利係新權利也。反之。將可得分割之權利之一部讓與於人，或與他人與自己共有時，則前主之權利，係爲分量的分割。應屬於移轉取得也。

又分繼受的取得爲包括繼承（Uuiveisal-Successiou, Gesamtnachfolge）與特定繼承（Singular-Successiou, Sonderuachfolge）。前者乃由單一之原因，包括的總承前主之權利。如繼承包括贈與及公司之合併等是。或謂在包括繼承，因前主與後主須視爲同一人，主張其爲人格之繼承者。此說不足採。如前主一身專屬之權利縱依包括繼承，亦不能移轉於後主。又包括繼承，亦無須繼承前主之一切權利義務。祇多數之權利義務爲一團，亦可繼承。特定繼承者，乃由個個之原因，取得個個之權利也。以同一契約，買賣數個之不動產，亦屬於特定繼承也。

第二項　權利之喪失

權利之喪失者，權利與其主體分離之謂也。分權利之喪失爲主觀的或相對的喪失，與客觀的或絕對的喪失。在前者原來之權利人雖喪失其權利，但尙有取得其權利之人。故由取得者言之，爲繼承的取得。再由權利本身言之，不過主體之變更。後者係指權利之消滅而言。如因物之滅失而喪失所有權是。

絕對的喪失之原因甚多，不遑枚舉。有因法律之規定而喪失者。有因權利之標的物之消滅而喪失者。有因權利已完成其效用而喪失者。又有依權利人之意思而喪失者。拋棄乃使權利喪失之意思作用。所有財產權，不問其爲物權或債權，除法律有明文禁止拋棄者外，原則上皆得拋棄之。拋棄之結果，雖有時與他人以利益。然此不過拋棄之間接效果，並非繼承拋棄人之權利也。故拋棄乃權利之絕對的喪失之原因。如地上權人拋棄地上權時，則所有權人得因此免除負担，而得利益。然此不過拋棄之間接效果。並非地上權人之權利，移轉於所有權人也。債務之免除亦然。並非債權人之權利，移轉於債務人，因混同而消滅債務也。故免除亦爲絕對的喪失之原因。

與權利之拋棄不可不區別者，乃權利之不行使。權利之不行使有出於權利人之意思者。有負不行使之義務者。無論何者，均非權利之喪失，故不妨再行使也。

第三項　權利之變更

權利之變更者，不喪失權利之存在，僅變更其存在之狀態之謂也。權利之變更，有左列三種。

（1）主體之變更　權利主體得變更為種種形態。或單變更主體，如權利之讓與是。或使權利屬於數人，如數人為繼承是。或使屬於數人之權利歸於一人，如其他之共有人拋棄其應有部分是。

（2）內容之變更　權利之內容，為數量的變更時，毫不影響於權利之本質，其不失其同一性也無疑。如所有權之標的物因附合而擴張，債權之內容因一部清償而縮小，又如延長或縮短權利之存續期間是。

權利之內容發生性質的變更時，是否亦得不失其同一性而為權利之變更。如債權因歸責於債務人之事由而為履行不能時，由此所生之損害賠償請求權，是否應視為權利之變更，議論不一。解釋上仍視為同一債權之存續也。

（3）作用之變更　作用之變更者，乃將不得對抗第三人之權利變為對抗第三人權利之謂。在此意義之變更，雖可稱為廣義內容之變更。然並非變更權利之直接內容，不過變更其權利之作用。故須與狹義之權利內容之變更相區別。

第三款　法律要件及法律事實

為一定法律效果之原因之事實全部，稱為法律要件(Juristischer Tatbestand)。構成法律

要件之各個事實，稱爲法律事實(Juristischer Tatsache)。如契約乃一法律要件。而構成此契約之要約及承諾，各爲一法律事實也。

分法律事實爲基於人之精神作用之事實，與其他之事實。前者雖通常以行爲表現於外部。然亦有僅爲內部之事實者，合此兩者統稱之爲容態（Verhalten）。前者稱爲外部的容態。後者稱爲內部的容態。不基於人之精神作用之事實（Ereignisse），稱爲事實。分述於次。

（一）容態（1）外部的容態（行爲） 基於人之精神作用之身體之動靜，其身體之狀態，爲積極的運動時則爲作爲。爲消極的運動時則爲不作爲。

人之身體之舉動，有生法律效果者。有不生法律效果者。如散步訪友等因其不生絲毫法律效果，故非法律事實。而生法律效果之身體的舉動，雖皆屬於法律事實。就中區別以一定精神作用爲要素者，與不然者。茲所謂外部容態即行爲，乃生法律效果之身體的舉動，且以一定精神作用爲要素者也。而不以一定精神作用爲要素者，則屬於事實。

外部的容態，由其生法律效果之點，及其爲行發之點觀察之，又可稱爲廣義的法律行爲(Rechtshandlung im weiteren Sinne)。再依其生法律效果之理由，又可分爲適法行爲及違法行爲。

（A）適法行爲 適法行爲者，適合於法律之行爲也。法律於認某行爲有法律效果時，須其行爲適合於法律，且爲法律所容許。然法律有時因某行爲違反法律而亦賦與法律效果者。

此所以生適法行為與違法行為之區別也。

適法行為由其要素之精神作用與法律效果之關係若何，又分為意思表示以外之適法行為。後者又稱為狹義之適法行為（Rechtshandlung in engeren Sinne），即普通所謂準法律行為是也。

（a）意思表示　以發生一定效果為目的之意思（效果意思）之表示也。意思表示，乃法律行為之要素。凡法律行為，皆以此為要素，其意義當於後述之。

（b）狹義之適法行為　狹義之適法行為，雖須一定精神作用。然其精神作用，並非效果意思。故由此所生之法律效果，不必出於行為人之認識欲求，因有此特徵，故可以之與意思表示及法律行為之本質相區別。唯其以一定精神作用為必要一點，與意思表示相類似。故於其類似之範圍內，類推適用意思表示及法律行為之規定而已。

狹義之法律行為，依其要素之精神作用之內容，可分為次之三種。

（甲）意思通知（Willensmitteilung）　效果意思以外之意思之表示行為也。意思表示與意思通知之差異，非在其表示與通知，乃在其所表示之意思。故與其稱為意思通知，寧可稱為非效果意思的表示，不過此名稱過於新穎，故仍沿用從來之意思通知。如債務履行之請求，承認之拒絕，債務履行之拒絕，要約之拒絕等是。此等行為之不能為意思表示之理由，須就各個行為分別說明之。由此等行為所生之法律效果，並非出於行為人之欲求也。

（乙）觀念通知（Mitteilung, Vorstellungsmitteilung） 又稱爲事實之通知。卽行爲人對於現在及過去之事實，所有之觀念及認識之通知也。在知的表示一點，其性質與意思表示異。如債權讓與之通知，承諾遲延之通知，社員總會招集之通知是。

（丙）感情之表示（Gefuehlsaeusserung） 表示一定感情之行爲也。在情之表示一點，與意思表示不同。此類之例甚稀。我民法上所規定之宥恕是也（一〇五三條）。

（B）違法行爲 違法行爲者，法律認其行爲有害於社會生活時，爲鎭壓其行爲計，及除去由此所生之損害計，附以一定法律效果之謂也。刑法主以鎭壓爲目的。民法雖主以塡補損害爲目的，然亦並非完全除外鎭壓之目的也。

違法行爲分爲侵權行爲及債務不履行。後者乃債務人侵害債權之行爲，其性質雖與侵權行爲無異。然民法特規定其要件及效果，故須與侵權行爲相並立而爲違法行爲之一種。

（2）內部的容態 內部的容態者，乃發生法律效果之精神作用，而此種精神作用不以表現於外部爲必要也。依其精神作用之內容又分爲次之二種。

（A）意思的容態 有一定意思與否之事實也。以隱蔽之意思而生法律效果者，固屬例外，然不無其例。如第三人之淸償，因當事人之意思存在與否，其效果自異是也（三一一條一項）。

（B）觀念的容態 於一定觀念或認識與否，卽知一定事實與否之精神狀態也。所謂善意

惡意，卽此容態之別。此二者之法律效果，迴乎不同。此外之例甚多。

(二)事件　不以人之精神作用爲要素之法律事實也。如時之經過，人之生死，精神之狀態(心神喪失等)，物之破壞，果實之分離等是。其不以人之精神作用爲必要，乃事件之特徵。故偶然縱有人之精神作用，苟不以其作用爲要件時，仍爲事件也。如果實之分離，不問其爲自然的分離抑爲人工的分離，其法律效果，並無差異。故仍爲事件也。以同一理由，雖爲人之身體之舉動，但不以精神作用爲必要時，亦爲事件之一種。所謂事實行爲(Realake)。如住所之設定變更及加工等是。此等事實行爲與法律行爲之差異，較之狹義之法律行爲更巨。故不得準用意思表示及法律行爲之規定。

第二節　法律行爲之本質及種類

第一款　法律行爲之本質

在個人生活，就自己所需要之種種關係，原則上吾人得隨意決定之。此私法的自治(Privat-Autonomie)之原則也。所謂法律行爲，卽實現私法的自治之行爲。在私法的各種法律要件中，最爲重要。

私法的自治，其程度雖有廣狹之差，在古代社會組織中，如物品之交換，買賣，借貸等。所謂私法上之自治行爲，業已存在。而以契約自由之名，認此原則爲私法上之基本原則者，則係受十八十九兩世紀風靡歐洲思想界之自由主義之影響。當時在公法上則主張自由民權

。在私法上則主張契約自由，遺囑自由，社團法人設立之自由。所謂須以個人意思自由之原則，為社會組織之基礎。而承認個人意思之效力。除其同生活積極的被威脅外，殆不認意思自由原則之例外。

私法上之自治及以此為基礎之法律行為自由之原則，在現代社會組織及法制中，尚不失為基本的原則。然現代法制之所以認此原則之理由，並非以個人之意思自由為聖神不可侵犯。或以認其意思之效力為絕對的法理。不過社會之維持及發達，有賴於個人之發展。而為促個人之發展起見，則須認個人之自治，並須認其意思之效力故耳。蓋使國家及社會，對於各人之各種需要，任供給之勞，殊有足以促現代社會之發達。寧使個人隨其所欲，得自由為各種行為。如為滿足有形的需要，得為各種財產上之行為，為滿足無形的需要，得為各種親屬法上及身分上之行為。承認所謂私法上自治之原則，在立法政策上較為適當也。然此私法上自治之原則即個人意思自治之原則，並非含有絕對的價值。故在立法及解釋時，須牢記其含有社會的價值也。如在勞動法農業法鑛業法等所謂社會的立法中，設限制契約自由之規定時。仍適合於契約自由原則之根本理由，不能認為與此原則相背馳也。德民一五七條之契約解釋規定，「須顧慮交易上之習慣，而遵從信義及誠實之原則」，即此意也。

一、法律行為（Rechtsgeschaeft, juritic aet）　我民法未揭法律行為之定義。又無足以推論法律行為意義之間接規定。故吾人有定法律行為之意義之必要。

法律行為一語，僅民法中使用之。未成為一般交易上之用語。故欲定其為義，自不可根據交易上之觀念，或字義。我民法上之法律行為，係德國Rechtsgeschäft之翻譯。故欲定法律行為之義時，須參考德國學說及沿革。茲為定義如次。

法律行為者，以意思表示為要素，而由此意思表示，法律賦與法律效果之法律要件也。

（1）法律行為係以意思表示為其不可缺之要素　意思表示者。效果意思之表示也。法律行為，乃人之自治行為。其所發生之效果，不可不根據於當事人之意思，故效果意思之表示，係法律行為之不可缺之要素。

以意思表示為不可缺之要素者，非使行為人不可不有效果意思之意。蓋法律有時於行為人無效果意思之時，亦使發生法律效果。故行為人之效果意思，不得謂為法律行為之不可缺之要素。然此時尚須有可以認為效果意思之表示行為，方可構成法律行為。故意思表示，乃法律行為之不可缺之要素也。

（2）法律行為乃法律要件　意思表示與法律行為之關係若何，見解有二。從來之見解，雖以法律行為為一個或數個之意思表示。而近來之多數說，則謂法律行為並非意思表示本身，乃以意思表示為要素之法律要件。此兩說在適用上不生若何差異，因無討論之價值。然要物行為，除意思表示外，尚須有交付物品之事實行為。而契約又須有意思表示合致之事實。故理論上以後者之見解為當。即法律行為，乃一法律要件。而意思表示乃構成此法律要件

之法律事實也。

（3）法律行為生私法的效果　法律效果，有關於公法者。有關於私法者。民法上之法律行為，僅能生私法的效果。如任免官吏提起訴訟等，發生公法的效果之行為，乃公法上之行為。非民法上之法律行為也。法律行為之規定，在一般理論上是否可以類推適用於公法上之行為，乃屬於研究公法之問題。茲不贅述。

私法的效果之範圍若何，又有二說。或以直接生權利之得喪變更為目的之行為，為法律行為。或主張間接影響於權利之得喪變更之行為，亦得為法律行為。余採後說。蓋法律既未設限制。則苟生私法的效果之行為，且係根據行為人之意思而認其效果時。縱令其效果無獨立之目的，縱令不以權利之得喪變更為目的，亦應使其為法律行為。且實際上亦有適用法律行為之規定之必要。如法定代理人對於限制能力人所為之允許，雖祇能擴張限制能力人之行為能力，並未與彼以行為之權利，或令其負擔義務，然應解為法律行為也。

（4）由意思表示所生之法律效果　凡法律效果，皆為法律所賦與。故法律行為之法律效果，亦為法律所賦與。然法律賦與法律效果之理由，則不一致。或出於當事人之欲求。或不問當事人之意思若何，法律亦賦與一定法律效果。法律行為，乃私法上之自治行為者，已於前述。則其效果之發生，不可不出於當事人之意思。有此特徵。故法律行為得與事實行為及狹義之法律行為相區別。如讓與債權之通知，法律與讓與以對抗力，而發生一定私法之

效果。然此效果並非出於通知人之認識或欲求，故非法律行爲。又債務履行之請求，雖生履行遲延及時效中斷之效果。然此兩種效果，並不爲債權人所認識或欲求，亦非法律行爲也。

由法律行爲所生之法律效果，雖須基於行爲人之意思表示，然不必須適合於行爲人之眞意。由法律行爲之趣旨言之。固應能適合於行爲人之眞意時，方能使其發生法律效果。然如此，則相對人及第三人將蒙不測之損失。殊有妨害交易之安全。故法律於定法律效果時，以行爲人之表示爲標準。換言之。卽依行爲人以自己之意思所表示者爲標準。而行爲人心內之眞意若何，非所問也。此時所發生之法律效果，雖不根據行爲人之心內的效果意思，然尙須根據於行爲人表示上之效果意思。如此解釋，個不能謂爲違反法律行爲之理論也。

由法律行爲所生之法律效果，不必皆出於意思表示。又不必完全與意思表示一致。不過其主要的效果，須基於意思表示而已。蓋法律有時於主要效果之外，尙認一定之附屬的效果。此時苟其主要效果，係基於當事人之意思表示，則其行爲仍不妨爲法律行爲也。如由買賣所生之移轉財產權之債務與支付價金之債務，雖係由當事人之意思表示所生之法律效果。而由買賣所生之瑕疵擔保責任之法律效果，當事人縱未表示其欲求之意思，法律仍使其發生。蓋普通當事人爲意思表示時，不能豫想由法律行爲所生之一切法律效果而表示之。故法律不能不有補充當事人之意思表示，而定其法律關係之規定。是以由法律行爲所生之法律效果中，有以當事人之意思表示爲必要者。有不必要者。前者稱爲法律行爲的效果，後者稱爲非法

律行爲的效果。

法律亦有時不認當事人之意思表示之效果全部，而僅認其一部者。此時其所生之法律效果，仍係基於當事人之意思表示。故其行爲，仍不失爲法律行爲。如以三十年以上之期限設定典權時，則縮短爲三十年是（九一二條）。由法律行爲所生之法律效果，須基於當事人之意思表示者，係指其主要之效果而言也。

第二款　法律行爲種類

法律行爲，得依種類標準，而爲次之分類。

（1）單獨行爲，契約，及合同行爲　單獨行爲(Unilateral act; acte unilateral, einseitiges Geschaeft) 者，乃一方的行爲，即由一方當事人之意思表示所成立之法律之行爲。如遺囑，捐助行爲，債務之免除是。單獨行爲，雖通常由一個意思表示成立。如二共同租賃人解除租賃契約時，則須有二個意思表示。然當事人僅一方(Eine Partei)。並不須相對人之意思表示。故爲單獨行爲。又一方當事爲有人效之意思表示時，尚須有他人之補充的意思表示者。如限制能力人爲解約之意思表示時，須得法定代理人之允許。如此須有二個意思表示，尚不失爲由一方當事人所成立之法律行爲，仍爲單獨行爲也。即爲單獨行爲與否，須依當事人之數（即是否僅須一方當事人抑須多方當事人）以決定之。不能依意思表示之個數或法律行爲關係人之人數以決定之也。

契約(Contract, Vertrag)者，乃雙方的行為(Bilateral act; Zweiseitiges Geschäft)。即由有互異之意義與相應之內容之二個以上之意思表示之合致所成之法律行為也。

羅馬法及法國民法，契約僅限於成立債權人之合意。反之，德國民法於成立債權以外之合意，亦稱為契約。故將契約通則規定於民法總則中。我民法將契約規定於債編。則所謂契約，通常係指債權契約而言。然並非排斥廣義之契約觀念也。

合同行為(Gesamtakt，又稱為協定行為)者，由有同一內容，同一意義之多數意思表示所成立之法律行為也。自德國學者Kuntze於一八九二年著合同行為論。於多數之意思表示所成立之法律行為中，論契約與合同行為之區別以來，學說分為兩派。否認合同行為之學者，或視合同行為為單獨行為。或主張其為契約。然合同行為須與契約及單獨行為相區別，而為一種特殊之法律行為。其與契約相異之點，契約之各個意思表示對於當事人有正反對之意義。故其法律行為有二個以上之目的。反之，合同行為之各個意思表示，對於各當事人之全部，有同一之意義。故其法律行為祇有單一之目的。如買賣，買主之買的意思表示與賣主之賣的意思表示，在純粹客觀上，固具有同一之內容。然在各當事人，則有正反對之意義。反之，在社團法人解散之決議，各社員之意思表示，對各社員，具有喪失社員權之同一意義。又買賣有買主之目的與賣主之目的。即有兩個相異之目的。反之。解散決議及設立行為，對各當事人有同一單一之目的。以上之區別於適用民法一〇六條之規定時，不無實益也。

以合同行爲爲共同的單獨行爲之見解，固足以使其與契約相區別。然有以性質上須有數個之意思表示，且以此數個意思表示之合致爲必要之法律行爲，與性質上不以多數意思表示爲必要，雖偶然有數個之意思表示之法律行爲相混合之弊。在理論上不可謂爲正當也。

（2）生前行爲死因行爲　死因行爲者，（Negotium Mortis Causa, Rechtsgeschäft von Todeswegen）乃因行爲人之死亡而生效果之法律行爲也。如遺囑及死因贈與是。然生命保險契約，乃生前負担支付保險金之義務之行爲，故非死因行爲。生前行爲（Negotium inter-vivos, Rechtsgeschäft unter Lebenden）者，乃指非死因行爲之一切行爲而言。如買賣借貸等普通之法律行爲皆屬之。

（3）要式行爲不要式行爲　要式行爲（Formelles Geschäft）者，其構成法律行爲之意思表示，須依一定方式之行爲也。不要式行爲者，（Formfreies Geschäft）對於意思表示之方式，不加何等限制之行爲也。我民法倣近世諸國之立法例，採方式自由之原則（Prinzip der Formfreiheit）。僅使特殊之法律行爲，如婚姻，遺囑，票據等，遵一定之方式而已。此等要式行爲，如不具備法律所必要之方式時，則爲無效（七三條）。贈與雖非純粹之要式行爲。然不依字據所爲之贈與，其效力比較薄弱耳（四〇八條）。故贈與行爲，又可稱爲準要式行爲。

法律採方式自由原則之理由，不過將爲法律行爲之方法，一任當事人之選擇，而法不特加限制耳。然爲比較重要行爲之當事人。須以作成證書及其他方法，藉以保存證據爲要。法

律以特殊之法律行爲爲要式行爲之理由，因各種要式行爲而異。或爲愼重起見。或爲保存證據起見。或爲確定權利之範圍而利其流通起見。如票據行爲，乃根據最後理由而使其爲要式行爲也。

（4）有償行爲無償行爲　在以捐出財產爲目的之法律行爲中，有對價者，稱爲有償行爲(Entgeltliches Geschaft)。無對價者，稱爲無償行爲(Unentgeltliches Geschaft)。如買賣，租賃乃前者之例。使用借貸乃後者之例也。關於買賣之規定，適用於有償契約(三四七條)。此卽有償行爲與無償行爲區別之實益也。

（5）主行爲從行爲　從行爲(Nebengeschaft, nebensachliches Geschaft, acte accessaire)者，以他之行爲或他之法律關係之存在爲前提，而成立之法律行爲也。此爲前提之法律行爲，稱爲主法律行爲(Acte Principale, Hauptgeschaft, hauptsachliches Ceschaft)。如夫婦財產契約，乃婚姻之從契約。設定質權契約，保證契約，乃債權或借貸契約之從契約。從行爲因其有從屬關係。故其法律行爲之運命，被主行爲或主法律關係所支配。但其從屬關係之深淺，則依各種從行爲而異。

（6）獨立行爲補足行爲　補足行爲(Hilfsgeschaft)者，如允許許可等行爲，無獨立之實質的內容，僅爲他行爲發生效力條件之行爲也。有獨立之實質的內容之法律行爲，稱爲獨立行爲。

（7）有因行為無因行為　在以捐出財產為目的之法律行為中，包含其捐出財產之直接原因之法律行為，為有因行為，或要因行為（Kausales Geschaft）。而與其原因相獨立，單以捐出財產為目的之行為為無因行為，或不要因行為（abstraktes Geschaft）。在無因行為中，以當事人之意思表示，得使其為有因行為者，稱為相對的無因行為。而以當事人之意思表示，不得使其為有因行為者，稱為絕對的無因行為。如物權契約，在我民法上須解為相對的無因行為。而票據行為，則為絕對的無因行為也。

吾人為捐出財產之行為，如為處分權利負担義務之行為時，並非漫然為之。心理上必有某種原因。或為清償債務。或為取得債權。或為與相對人以財產上之利益。然此等原因，法律不必皆以之為捐出財產行為之要素。其以之為要素者，其行為為有因行為。若不以之為要素，使捐出財產之行為與其原因分離時，則其行為為無因行為。有因行為缺乏原因時，其捐出財產之行為為無效。例如買賣，買主之所以負担支付價金義務，乃因賣主負担移轉財產權之債務之故。此互為原因之二個捐出財產行為合為一法律行為。故買賣為有因行為。故一方之債務不成立時，則買賣無效。而他方之當事人，亦不負担債務也。反之。在無因行為，其原因之存否，對於無因行為之效力，毫無關係。縱令缺乏原因，唯發生不當得利之返還義務而已，不能使其法律行為無效。如為支付價金而發行期票之行為為無因行為。縱令支付價金債務未行成立，該期票並非無效。不過生返還不當得利之債務而已。

如何行爲爲無因，如何行爲爲有因，須研究各種法律行爲，方能決定。大體言之。所謂物權契約，卽以物權之設定移轉變更爲目的之法律行爲，原則上爲無因行爲。但得以當事人之意思表示使其爲有因行爲。反之。民法上之債權契約，以有因爲原則。但得以當事人之意思表示，使其爲無因行爲。關於最後之點，德民（七八〇條至七八二條）規定具備一定方式之無因債務約束爲有效。我民法則無與此相當之規定。解釋上不無疑問。然我民法既未規定債權契約須有一定原因。而無因債務，如負担支付幾千元之無因債務，亦非違反公序良俗。解釋上自不能使其無效也。

第三節 法律行爲之標目

第一款 法律行爲之成立要件及效力發生要件

法律行爲之成立要件者，乃成立法律行爲所不可缺之事實之謂。卽無此事實，則不能認法律行爲之存在者也。

法律行爲之成立要件，須與其發生效力要件相區別。蓋法律行爲雖行成立，不必立時發生效力。如條件之成就，代理權之存在等，非成立要件，乃發生效力要件也。

法律行爲之成立要件中，有爲一般法律行爲所共通者。有爲各個法律行爲所特有者。前者稱爲一般成立要件。後者稱爲特別成立要件。而特別成立要件，須就各種法律行爲研究之。玆所論者僅限於一般成立要件。

法律行爲之一般成立要件有三。卽當事人，標的，及意思表示是也。學者或以意思表示爲法律行爲之一般成立要件，而將當事人及標的除外者。然而當事人及無標的之法律行爲，不能存在。故此二者，亦應與意思表示同爲法律行爲之成立要件也。又反對論者，謂當事人及標的，乃意思表示之要件。而意思表示乃法律行爲之要件。故於意思表示之外，不能認當事人及標的爲法律行爲之要件云。然意思表示與法律行爲之觀念，不能混爲一談。若以當事人及標的爲意思表示之要件之理由，卽行否認其爲法律行爲之成立要件，理論上不可謂爲正當也。但此種爭論，在實際問題上，無甚討論之價值。

具備一定要件（可能、確定、適法）之標的，是否爲法律行爲之成立要件，抑爲發生效果要件，此問題亦無實際上之價值。姑不討論。解釋上應視爲發生效力要件。蓋有某種標的之法律行爲，縱令其標的不具備以上之條件，其法律行爲，仍可存在。問題祗在該法律行爲能否發生效效力而已。

第二款　標的之確定

法律行爲之標的，係指當事人以法律行爲所欲發生之事項，卽法律行爲之內容而言。但法律行爲，非根據於當事人之隱意，須以其所表示之意思，卽意思表示爲標準。故於決定當事人以法律行爲所欲發生之事項時，須解釋當事人之意思表示以決定之，而各當事人之所以爲法律行爲之動機或緣由（Motif, Motiv, Beweggrund），非特爲表示之者，不能爲決定法

律行爲內容之標準也。

法律行爲之內容，又可分爲抽象的內容與具體的內容。前者指法律所規定之內容而言，通常分爲要素（ossentialia）常素（naturalia）及偶素（accidentialia）三種。要素者，乃成立法律行爲所必要之事項也。如買賣之移轉所有權與支付價金是。常素者，雖通常亦爲法律行爲之內容。但得以當事人之意思表示排除之。然縱令排除，仍不失爲法律行爲，如買賣之瑕疵担保責任是。偶素者，乃當事人特爲附加之事項。通常並非法律行爲之內容。如買回之特約，支付價金之期限等是。法律行爲之具體的內容者，當事人以爲具體的法律行爲之內容之事項也。抽象的內容固依法律以決定之。而具體的內容之決定，則不能不依當事人之意思表示。法律不過爲補充或解釋其意思表示之資料而已。實際上之問題，唯限於具體的法律行爲。故要素常素偶素之區別，實際上並無若何之價值也。

法律行爲之標的，法律僅規定其不得違反強制或禁止之規定及不得違反公共秩序或善良風俗（七一條七二條）。然其他尚有可能及確定，亦爲有效法律行爲之成立要件者，乃爲一般學者所公認。而在理論上，亦莫可否認也。

法律行爲之標的，固不必完全依當事人之意思表示以確定之。然其標的，依當事人之意思表示，周圍之事情，交易上之習慣，法律之規定等，可得確定之，其法律行爲，方能成立。若不能確定，則該法律行爲因其欠缺法律所賦與之法律效果之對象，不能成立也。如依意

思表示，不能確定法律行爲之內容，若法律有補充此缺點之規定（二〇〇條），則可據以定其法律效果。又在意思表示時，得依周圍之事情或交易上之習慣，得以闡明其意思表示之意義時，亦得據以定法律之效果。若依此種種方法，不能確定其內容時，則法律行爲爲無效。

第三款　標的之可能

以不能實現之事項爲標的之行爲，不可賦與法律效果，乃爲自明之理。故以不能之事項爲標的之法律行爲，不能有效。

不能者，除法律行爲之內容爲物理的不能實現之事項外，尚包含社會觀念上所認爲不能。如以泰山塡北海，在社會觀念上，皆認爲不能。故以此爲目的之法律行爲，須解爲無效。

不能又分原始的不能與嗣後的不能。前者在法律行爲成立當時所認爲不能。後者乃嗣後認爲不能也。

不能又分爲客觀的不能與主觀的不能。主觀的不能者，其不能之原因，存在於當事人一身上之事情之謂。客觀的不能者，指此外之不能而言。其事項實現之不能，因常爲客觀之不能。而妨礙有效法律行爲之成立之不能，亦僅限於客觀的不能。若僅主觀的不能時，則相對人及第三人大都信其法律行爲爲有效。故有認其行爲之效力及行爲人之責任之必要。如素無外國語學研究者，與人締結翻譯契約是。

不能又分爲事實的不能與法律的不能。即因事實上之理由而爲不能，與因法律之規定而

爲不能之區別也。學者或將法律的不能視爲違反法律。即法律的不能之問題與法律行爲之內容是否適法或是否違反公序良俗之問題相混者（三瀦氏穗積氏）。然一定事項之實現，雖屬可能。但因其違法而爲不能，與其實現因法律之規定而爲不能，兩者得互相區別。故於違法之外，尙有認法律的不能之餘地。如締結十年以上不分割，共有物之契約，固得謂爲違反強行法規（八二三條二項）。如使妾獲得法律上地位之契約，因妾在法律上並無地位，故爲實現不能也。

法律行爲之內容全部不能者，稱爲全部不能。僅其一部不能者，稱爲一部不能。一部不能及於法律行爲之殘部之效力若何，法律無一定的規定。法律就特殊之法律行爲設有規定時（如縮短期限等）固應從之。否則須解釋當事人之意思以決定之。

第四款　標的之適法

違反強行法規之法律行爲，因其有違法的內容，故爲無效。依七一條之反面解釋，則違反非強行法規即任意法規之法律行爲，其有效也，自不待言。

公法規定主爲公益而設，多爲強行法規。故苟無任意法規之性質，自不得視爲任意法規。反之。私法乃規定各人相互間之關係。主爲任意法規。若不具備強行法之性質，自不得視爲強行法規。

私法規定之帶有強行性質與否，須依當該規定之性質以決定之。即爲交易之安全，弱者

之保護，倫理道德之保全等公益之理由所設之規定，爲強行法規。若無此等特別理由時，則爲非強行法規。

雖不直接違反強行法規，而以其他迂迴方法，以達與禁止法規有同一效果之行爲，稱爲脫法行爲（in fraudem legis agere, Gesetzesumgehung, rechtsgeschaeftlicher schleichweg）。脫法行爲之效力若何，依其所迴避之禁止法規之趣旨而異。若禁止法規之趣旨，在法律行爲之目的時。則以他種手段，達到同一目的之所爲，尙得謂爲違反禁止法規。其行爲爲無效。如不用利息之名稱，而以他種名義，以謀法律限制外之高利是。反之。法律之趣旨，唯在禁止以特定手段而收一定效果時。則以他種手段而收同一效果之行爲，並不能謂爲違反禁止法規。仍爲有效。如以担保債權之目的。信託的讓與動產所有權時，雖爲脫法行爲，究不能謂爲無效也。法律行爲之內容，違反強行法規定時，固以無效爲原則。但法律規定並不以之爲無效者，亦不妨有效（七一條但書）。例如干預強制拍賣之人不得爲拍定人。若得利害關係人之同意，仍得爲拍定人是。

第五款　標的之社會的妥當性

以公共秩序善良風俗的觀念，限制法律行爲內容之規定，既存在於羅馬。嗣爲歐洲諸國之民法所繼承。在羅馬法以違反善良風俗之契約爲無效。法國民法倣之。規定違反法律所禁止及公共秩序善良風俗之原因，爲不法原因（法民一一三三條）。基於不法原因之債務爲無

效（法民一一三一條）。德國民法第一草案，係倣法國民法之規定。但現行法，將公共秩序刪去。僅規定違反善良風俗之行爲爲無效（德民一三八條）。其他諸國之法律，皆有同樣之規定（意民一二條一一〇四條等，瑞債一七條，奧民八七八條）。然將德法兩法典兩相比較時，則此原則之觀念，顯有變遷。法國民法之大原則乃契約自由。而公序良俗不過用以限制此大原則者。德國民法則以保護善良風俗爲立法之大原則。而契約自由。權利之行使，皆於此大原則之範圍內方可活動也（德民八二六條）。

我民法第七十一條規定，法律行爲，有背於公共秩序善良風俗者，無效。所謂公共秩序（Ordre public oeffentliche ordnung）者，反於國家一般利益（allgemeine Interessen des staates）之謂（德民第一章案理由書）。如違反營業自由之法律行爲是。此種行爲，殊有害於共同生活之維持及發達。故須令其無效。然何者爲國家一般的利益，則因時代之遷移，不能不有所變更。在德國民法起草當時，雖以營業自由爲國家之方針。然在今日，對此方針，則有漸加限制之傾向。故違背營業自由之行爲，不能即斷爲有背公共秩序也。若制定法律時，行爲時，與裁判時，其公共秩序之觀念各異時。則須依其行爲時之觀念。蓋行爲之性質及效力，須決定於其行爲成立之時。苟法律無特別規定，則不可不受行爲成立後之法律之支配。若強以立法當時之觀念相終始時，殊有背於法律之所以設此伸縮性規定之精神也。現今所認爲反於國家之公益及有害於社會共同生存之事項。如殺人，毆打，妨害選舉，復仇等。此外其

例尙多。但某行爲是否有背於公共秩序，須根據現代國家之方針以決定之。

法律之目的，在社會之維持及發達。而私法的自治行爲，亦僅能於此範圍內，認其效果。有害於社會秩序之行爲，法律不保護之，此當然之理也。法國民法制定當時，此公共秩序之觀念，僅用以限制契約自由之原則。迄於近世，一變而爲支配一般私法之大原則矣。現今不但契約自由，至一般私權之行使，亦僅能於此範圍內，方能視爲正當也。

善良風俗一語，係羅馬法之 bonos mores 法之 bonnes moeurs 德之 gute sitteu 之轉譯。故欲定其意義時，須根據其沿革的意義，及我民法採此觀念之趣旨以決定之。

所謂善良風俗 Hoelder 氏雖主張係指現代風俗中之善良者而言，但非確論。通說謂此規定之趣旨並非爲保護現代之風俗。如贈禮之風俗，縱令社會上認爲良善，然背此風俗之法律行爲，並不能即爲無效也。

以善良風俗限制法律行爲之範圍，其目的亦爲保護國家社會之健全狀態者，與關於公共秩序所述同。換言之。以謀及共同生活之維持及發達爲目的之法律行爲，不應受法律之保護。故法律設此規定。唯公共秩序，係由國家之安寧秩序方面觀察。善良風俗係由道德方面觀察。使違反道德之行爲無效，雖一見似混雜法律與道德之分界，而踰越法律之適當範圍。實則不然。蓋法律強制道德之所謂善，與不保護道德之所謂惡，其間自有區別。前者雖非法律之本分。然後者則不能謂爲出乎法律之範圍。如以法律強制禁酒禁煙，節酒節煙（美國曾有

禁酒法），固屬不當。然每日必飲酒數斤或吸煙幾盒之契約，法律不施以保護，則理所當然也。違背道德之行爲，殊有害於國家社會之健全狀態，故使其無效。但他面須維持法律與道德之分界。即道德注重於個人之心術，而法律則注重行爲之內容。蓋保持社會之健全狀態。並非個人之道德問題故也。如行爲人自以爲一生不結婚爲善而爲一生不結婚之契約時，其契約在個人道德上並不能謂爲惡，然法律仍使其無效。又如已知某人放蕩而貸與金錢，其契約在個人道德上自應謂爲惡，然法律仍使其有效是也。總之。法律採用善良風俗之觀念，結局以保持社會之健全狀態爲目的者也。

行爲之內容是否違反善良風俗，雖須就各種情形，委之於法官之判斷。但法官之判斷，不能以一己之道德觀念爲標準（通說反對 Hoelder）。如法官爲社會主義者，自不可依其主義、爲哲學者，自不能以其理想之道德爲標準是也。

道德觀念，因時而異。但本條係以維持現代之社會秩序爲目的。若立法之時，判決之時，行爲之時，其道德觀念有差異時，自應以最後之時爲標準。如此法律方可與時代並進。乃此種富有彈性法規之特色也。

公共秩序與善良風俗，兩者之意義，並非同一，已於前述。法律行爲並非必違反此二者或違反公共秩序時，方爲無效（同說富井氏反對梅氏）。例如求婚男女之私通，在刑法上既不能處罰，自不能謂爲違反公共秩序。但以此爲目的之契約，係有背於善良風俗，其不能有

效也無疑。不過法律由公的方面規定公共秩序，由私的方面規定善良風俗，藉以維持社會的健全狀態而已。

法律行爲之標的，有背於公序良俗者，非謂其須直接反於法律規定之意。縱法律未經明文禁止，苟認爲有害於社會公益之行爲，即可謂爲缺乏社會的妥當性，而使其無效。蓋法律不能預想一切缺乏社會的妥當性之行爲而禁止之。故設此有彈性力之規定，以否認其反社會的行爲之效力。有謂此規定之內容甚漠然，而加以非難者。乃不解此規定之妙用者也。

依此規定，若法律行爲之內容違反公序良俗時，其行爲固爲無效。而動機之反社會性，是否影響於其行爲之效力，殊爲疑問。德國民法第一草案規定法律行爲之內容（Inhalt）違反公序良俗。第二委員會改爲違反善良風俗之法律行爲爲無效。我民法倣之。至德國改正之理由謂在具體情形，若對於當事人之心術，全付諸不問時，似欠妥當。故應斟酌主觀的分子以定行爲之內容云云。但德國多數學者皆主張不包含動機或緣由之不法。不過心術不法之結果，可以影響於行爲之內容而已（Enneccerus, Oertmann, Beirmann, Zitelmann, Hoelder 反對 Dernburg）。蓋包含動機之不法時，是不以客觀的事實之不法爲標準，而依第三人不易窺測之當事人之心理狀態以左右法律行爲之效力。殊有害於交易之安全。且本條目的，並非處罰當事人之不法行爲。不過否認其行爲之效力，藉以防止違反公序良俗之行爲而已。故當事人之一方或雙方以違反公序良俗之動機而爲法律行爲時，而此動機未經向相對人表示，又未爲

相對人所預知，則其法律行爲之內容，不得謂爲違反公序良俗也。

於決定法律行爲之內容是否違反公序良俗，須先決定其內容之意義。關於此點，須依具體的意思表示以決定之。法律對於買賣借貸等法律行爲，僅規定其抽象的內容。而決定其法律行爲是否有反社會性之問題，則不能以此抽象的內容爲標準。須就各個具體的法律行爲以決定當事人所定之內容，是否有反社會性也。

具體的定法律行爲之內容者，以當事人所欲發生之法律效果爲內容乎。抑除此法律效果外，當事人所表示之意思，亦得爲法律行爲之內容乎。例如以使用於猥褻行爲條件，租賃房屋時，其允許使用於猥褻行爲，固可以法律行爲之內容。若不以之條件，僅發表其欲使用於猥褻行爲之意思時，則如何。關於此點，見解岐而爲三。

（1）以動機爲條件時，則可爲法律行爲之內容。其應否適用七二條之規定，須視法律行爲之內容是否違反公序良俗以決定之。故動機縱違反公序良俗，若不以之爲條件時，則不可適用七二條之規定。

（2）以動機爲條件，固可爲法律行爲之內容，但其內容違反公序俗與否，不能據該內容本身以決定之。須依其所表示之動機，及縱未表示而爲相對人所知之動機爲標準，以決定其內容是否有反社會性也。此說稱爲主觀說，牧野長島兩氏主張之。

（3）以動機爲條件者固不必論，縱不爲條件，而已表示時，亦得爲法律行爲之內容。

故其已表示之動機，若帶反社會性，亦可適用七二條。

第一說不足採。因其已表示之動機，縱不以之爲條件，亦得爲決定法律行爲之反社會性之標標。蓋法律行爲之內容，須依具體的法律行爲而決定之者，已於前述。所謂具體的決定，須以構成法律行爲之意思表示之內容及其他各種客觀的事實爲標準。而已表示之動機，亦爲客觀的事實之一。則於決定法律行爲內容之社會的意義時，亦不可不以之爲標準也。主張爲條件之動機方可爲法律行爲之內容者，不過以關於動機之意思表示足以影響由法律行爲所生之效果而已。然民法七二條之規定，不可爲如此狹義的解釋。縱令由法律行爲所生之法律效果，不違反公序良俗。若由該法律行爲所生之生活關係違反公序良俗時，則法律對於此生活關係，無特予保護之理由。故未爲條件但已表示之動機，雖不影響於由法律行爲所生之法律效果。然得以之定由法律行爲所生生活關係之意義。則其動機之反社會性，亦足以影響於法律行爲之效力也。

在以表示之動機爲決定法律行爲之反社會性之標準一點，第二說與第三說同。而以已表示之動機是否屬於法律行爲之內容，抑僅可以之爲決定內容之性質之標準，則兩說之間，自有差異。然所謂內容，不過由該法律行爲所生之生活關係。故所表示之動機，乃構成法律行爲之內容也。

此外第二說第三說之主要差異，則爲未曾表示之動機，是否可以決定法律行爲之反社會

性之標準一點，法律使違反公序良俗之法律行為無效者，既非為對於當事人之違法行為加以制裁。又非為一方當事人之違法的動機，使法律行為無效。唯動機之反社會性附着於法律行為之內容，即附着由法律行為所生之生活關係時，則該動機方足以使法律行為帶反社會的性質也。因此理由，應採第三說。以已表示之動機，為決定法律行為之反社會性之標準。若該動機對於當事人雙方，皆為明瞭之事實時，則雖不明言，該動機已成為客觀的事實，仍可為決定法律行為之內容之標準。手段縱違反公序良俗，若不影響於由法律行為所生之效果時，亦不得謂為以違反公序良俗為目的之法律行為也。例如以脅迫的態度而解除契約是。但因此而構成脅迫罪時，或因此使相對人為意思表示，而受九二條之適用時，則為另一問題也。

法律行為是否違反公序良俗之問題，為事實問題。抑為法律問題。關於此點，可別為二。即為法律行為內容之生活關係為若何之生活關係之問題，與其所確定之生活關係，是否違反公序良俗之問題是也。前者乃確定事實之問題，而屬於事實審之管轄。後者乃法律問題，得為上告之理由。主張法律行為是否違反公序良俗之問題為事實問題者，係就各具體的事實所應決定之法律問題認為非法律問題。顯為誤謬也。蓋一定事項違反公序良俗與否，乃該事項之法律的評價之問題。即民法七二條所謂違反公序良俗與否之問題也。其為法律問題，殆無疑義。

法律行為之內容之違反公序良俗與否，不必為當事人所認識，或可得認識(Wey, Lotmar

Oertmann)。蓋法律對於客觀的違反公序良俗之事項，否認其有法律上之效力。如因當事人之不注意，無能力或特殊之道德觀念等，雖自信其法律行爲爲適法，亦可爲違反公序良俗之行爲也。以同一理由。縱令當事人主觀的以爲其法律行爲爲違法，若爲客觀的適法時，不能謂爲違反公序良俗也。

客觀的違反公序良俗之行爲，須與當事人在民事上或刑事上所爲之違法行爲相區別。如欺詐，脅迫，雖爲違法，但以欺詐脅迫所爲之法律行爲，並不因此無效（九二條參照）。

茲就如何法律行爲爲違反公序良俗之點以研究之。其抽象的標準，已於前述。至其具體的標準，則不可不俟諸判例及實際之研究，略舉一二於次。

(1)當事人所負担之給付違反公序良俗時　如姦通契約是。模特兒（Model）契約，是否違反公序良俗，在德國曾爲裁判上之問題。我國尙無此種判例。余以爲婦女裸體立於人前，並非違法。如立於畫家彫刻家之前，或受身體檢查是。但以裸體爲紊亂風俗之手段時，則須解爲違法。如爲作成春畫是。

(2)給付雖非違法，如加以法律上之強制則爲違法時　如結婚不結婚，信教不信教，雖非違法。但爲必結婚之契約或終生不結婚之契約，信教之契約，則不能不謂爲違法也。蓋結婚與否，信教與否，乃個人之自由。法律不得強制，不結婚，固不能謂爲違反公序良俗，但使人負法律上之義務時，則爲違反公序良俗也。又在特殊情形之人，如染某種疾病之人，其

不結婚或可視為道德上之義務。然一旦負法律上之義務時，仍為違法。關於此點，多數學者意見一致（Eudemann, Crome）然不無若干反對說（Staudinger, Riezler, Oertmann）。

加法律的拘束於當事人之身體上精神上或經濟上之自由，達如何程度，方違反公序良俗，則為困難之問題。如終日不出外之契約，不往南京之契約，乃限制身體上之自由。婚姻之契約，不倡某學說之契約，乃限制精神上之自由。不為某種營業之契約，將來不取得財產之契約，乃限制經濟之自由。其為違法與否，殊為疑問。按凡債權契約，皆以債務人之給付為標的，即為限制債務人之自由。國家以法律所保障之自由，並非絕對的。故限制自由，不能即謂為違反公序良俗。然一旦趨於極端，如為終生不出外，終生不結婚，終生不營業之契約，則限制自由之程度過甚，亦得為違反公序良俗。總之。須依限制自由之程度，期間，及當事人所有之正當利益，以決定其違反公序良俗與否也。

（3）當事人之行為本身雖非違法，但一旦與金錢的利益相結合時，亦可成為違法。如證人為真實之證言或拒絕證言而取得對價之契約，官吏公吏於其執行正當職務而為受賄之契約，其取得金錢的利益不問其為債務契約，抑以之為條件，均屬違法也。

（4）德國民法（一三八條二項）有利用他人之急迫輕率或無經驗所為之暴利行為為無效之規定。即給付與反對給付之關係，除客觀的有失權衡之事實外，而有利用相對人之急迫輕率等主觀的事情時。則使其貪圖暴利之行為為違反公序良俗。我民法亦有同樣之規定。即法律

行爲，係乘他人之急迫輕率或無經驗，使其爲財產上之給付，或爲給付之約定，依當時情形顯失公平者。法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行爲，或減輕其給付（七四條）。前項聲請，應於法律行爲後一年內爲之（同條二項）。

第六款　法律行爲之方式

我民法採方式自由之原則。法律對於一般法律行爲之方式，不加何等限制。然特殊之法律行爲如婚姻遺囑票據等，法律定有一定方式。故違反此法定方式之法律行爲爲無效。但法律另有規定者，不在此限（七三條）。

民法第三條規定。依法律之規定，有使用文字之必要者。得不由本人自寫。但必須自簽名。如有用印章代簽名者，其蓋章與簽名有同等之效力。如以指印十字或其他符號代簽名者，在文件上經二人簽名證明，亦與簽名生同等效力。

民法第四第五條規定。關於一定之數量，同時以文字及號碼表示者。其文字與號碼有不符時，如法院不能決定何者爲當事人之原意，應以文字爲準。關於一定之數量，以文字或號碼爲數次之表示者。其表示有不符合時，如法院不能決定何者爲當事人之原意，應以最低額爲準。

第四節　法律行爲之解釋

法律行爲之解釋（Auslegung）者，確定法律行爲之意義之謂。於適用法律以定法律行

爲之效果時，一面須確定法律之意義。而他面則須確定法律行爲之意義。前者爲法律解釋之問題。後者爲法律行爲解釋之問題。

法律行爲之解釋者，非確定已有法律效果之法律行爲之意義。乃確定將應有法律效果之法律行爲之意義也。故於解釋法律行爲之後，其行爲能否發生法律效果，須視其意思與表示之間有否齟齬，其內容是否違反公序良俗等以決定之。

法律行爲解釋之基礎，在意思表示。如單獨行爲之基礎在當事人之意思表示。而契約及合同行爲之基礎，在各當事人合致之意思表示也。以意思表示爲基礎而解釋時，須注意二點。其一，不可依心內的效果意思，須依其表示上之效果意思。其二，以表示爲標準時，不可拘泥於其所用之文字，須就其所表示之意思而爲合理的解釋。蓋心內的意思之決定，既非解釋之任務。而於決定其所表之意思時，亦不可拘泥於其所用之文字。故爲合理的解釋意思表示時，在法律行爲成立當時，其周圍之事情，當事人之經濟上之目的等，固須斟酌。若無此等特別情形，則須以普通當事人所認爲行爲之內容者爲標準而解釋之。由此言之。法律行爲之解釋，與習慣有密切關係。

第五節　意思表示

第一款　思意表示之意義

意思表示（Willenserklarung, declaration of intention）者，發生一定私法上法律效果之

意思之表示行爲也。其成立之要素有三。即效果意思，表示意思，及表示行爲是。

一、效果意思　效果意思（Erfolgswille）者，欲發生法律行爲之效果之意思也。有稱此爲法律行爲意思（Geschäftswille）者。然對於舉動之意思，須與行爲意思（Handlungswille）相區別。故近世學者多用效果意思之名稱。

（1）所謂效果意思，乃由表示而認爲行爲人意思乎。或事實上行爲人須有此意思乎。前者稱爲表示上之效果意思。後者稱爲心內的效果意思。如非真意的表示，雖具備表示上之效果意思，而不具備心內的效果意思者是。表示上之效果意思，雖爲意思表示之不可缺之要素。然心內的效果意思，是否亦爲意思表示之要素，乃意思主義與表示主義之爭。我民法不採純粹之意思主義，而採以意思主義爲原則之折衷主義。故心內的效果意思，僅可爲意思表示之通常要素。非其不可缺之要素也。

（2）效果意思之內容若何，有法律效果說與經濟效果說。前者主張以法律行爲所生之法律效果爲效果意思之內容。後者則主張行爲人不必認識或欲望該法律效果之本體，祇須認識或欲望由法律行爲所生之經濟的或社會的效果而已。然吾人一旦觀察法律所以認法律行爲之目的及實際上之交易時，則極端的法律效果說與極端的經濟效果說，均不可採。所謂效果意思之內容，第一，行爲人須有將其由法律行爲所生之主要法律效果作爲事實，而使其發生之欲望。第二，欲使發生此效果時，不可不有依法律的手段之意思。分述於次。

（a）由法律行爲所生之法律效果本身，不必出於行爲人之欲望，當事人表示欲成立一定生活關係時，法律即認其爲法律關係，而賦與法律效果。故法律效果本身，不必皆出於當事人之欲望也。又按諸實際，當事人爲各種法律行爲時，不必常豫期其必成法律問題即訴訟。故以法律效果本身爲效果意思之內容者，殊不合於實際之交易。故當事人僅有將其主要效果作爲事實而發生之欲望即可。

（b）當事人所欲發生之法律效果，不必爲法律效果之全部。僅欲發生其主要效果即可。此時法律尙得補充當事人之意思表示，而賦與其他之法律效果。此種非主要的法律效果，並不以當事人之意思表示爲必要。而何者爲主要的法律效果，則須解釋各種法律行爲之規定而決定之。

（c）當事人有不使其成爲法律問題之意思，即無依法律手段（訴訟）之意思時，亦不得稱爲法律行爲。當事人爲法律行爲時，固不必積極的預期其成爲法律問題。然若有不使其成爲法律問題之意思，即與權利義務毫無關係之意思時，則該行爲不能發生法律行爲的效果也（註）。如父將小刀借與其子是。

（註）鳩山氏在「法律行爲乃至時效」書中，主張須有訴諸法律手段之意思。然要求當事人須有用此手段之積極意思時，殊欠妥當。故後改爲當事人無避此手段之意思時，法律即應予以法律效果。如此說明，謂其爲法律效果說經濟效果說之折衷說，寧謂其近於

經濟效果說或事實效果說也。

（3）關於效果意思之心理上之性質，以有欲生法律效果之心理作用即欲望爲必要乎。或僅有欲望以外之心理作用可乎。由私法上自治行爲之法律行爲之性質論之，以欲望爲要素者，方可稱爲法律行爲。又由法規之適用上言之，亦須區別以欲望爲要素之適法行爲，與不以之爲要素之適法行爲。

關於以欲望爲要素之效果意思，有次之二點，須加說明。

（a）構成效果意思之心理作用，係以法律行爲之效果爲對象。故不以效果爲對象之心理作用，不適於構成效果之意思。以此種心理作用爲成立要素之法律事實，不得稱爲意思表示。前述之狹義之法律行爲或準法律行爲之觀念通知，意思通知及感情表示之不能稱爲意思表示者，因此理由也。

（b）所謂效果意思，有效果之認識即可乎。抑尚須有發生效果之欲望乎。不無議論。解釋上須有此欲望之表示也。

二、表示意思（Erklarungswille）者，連絡效果意思與表示行爲之心理作用也。民法雖未規定表示意思爲意思表示之要件。但意思表示之觀念上，則不可不有表示行爲之表示力（表示價值）之心理作用。此心理作用稱爲表示意思。

（1）表示意思，是否爲發生心內的效果意思之心理作用。抑爲使其行爲得爲意思表示

之心理作用，即有表示力之心理作用。爲法律行爲之人，通常先决定效果意思，其次决定其表示之意思，最後方爲表示行爲。有謂此第二段心理作用，爲表示心內的效果意思之作用者。然意思表示及法律行爲之成立，不必常有心內的效果意思。故表示心內的效果意思之心理作用，亦不得謂爲意思表示之要件。爲意思表示的要件之表示意思者，乃對於表示上的效果意思所存在之心理作用。即使表示行爲得爲效果意思之表示之心理作用也。如非眞意的表示，在表示眞意之意味言之，雖不能謂爲有表示意思。然行爲人倘有以其表示行爲爲意思表示之自覺。由此點言之，因其有表示思，故能成立意思表示。

（2）所謂表示意思，以當事人須有欲其表示行爲有表示力之欲望或目的乎（目的主義），抑僅對於表示力有認識或自覺即可乎（觀念主義），議論不一。以觀念主義爲當（鳩山氏岡松氏反對石坂氏）。蓋既知表示行爲爲表示效果意思之手段，而爲表示行爲時，則有充分認識其爲意思表示之理由也。如知緘默爲某種意思表示而守緘默，則縱令無以此爲意思表示之欲望，尙得認爲一種意思表示也。

（3）知其表示行爲必有某效果意思之表示力時，即可謂爲有表示意思乎。抑尙須知由表示行爲所表示之特定效果意思有表示力時，方可謂爲有表示意思乎。如誤言誤記等，所謂表示上有錯誤時，發生問題。依前者之見解，謂既有意思表示，且已具備意思表示之成立要件，則其效力，須依錯誤之規定以決定之。若依後者之見解，則無所謂意思表示，且缺乏意思

表示之成立要件也。然若認識某效果意思之表示手段時，即可謂爲有表示意思（岡松氏鳩山氏）。蓋表意人與表示行爲之間，若有心理的連絡，即應認爲意思表示，方合於意思表示之觀念及實際的結果。惟須注意者，所謂意思表示，非泛指某意思，乃指其效果意思而言。如不知舉手爲承諾之意思表示而舉手者，雖有招呼友人之意思，但不得視爲意思表示也。

表示行爲者，有表示價值之行爲也。

（1）表示乃人之行爲。故須有身體之動靜，與惹起此動靜之意思。此意思稱爲行爲意思。無行爲意思者，則無所謂行爲，亦無所謂表示行爲。如睡眠中之行爲，因不可抵抗之強制舉動等是（岡松氏通說）。

（2）表示須有表示價值（Erklarungswert）。表示價值又稱爲表示力。乃用以推測一定意思之存在者也。

表示價值須依客觀的標準而決定之。而表意人一方之主觀的標準，固不可從。而相對人一方之主觀的標準亦不可從也。若表意人與相對人間，關於表示之意義，有特定關係時，固應依其關係。若無此關係，須依信義之原則，以知其具體的事情之公平第三人爲標準而決定之。

不作爲亦有表示價值與否，亦可依上述之標準而決定之。即不作爲非在特定人間有爲一定意思表示之特別情形，或在交易上可認爲一定意思表示之特別情形，則不得謂爲意思表示

。「緘默視爲承諾」之原則，不可爲一般之標準。

從來之通說，分表示爲明示默示兩種。此區別之根據，非存在於法律之規定。寧因於學術上之便宜。故學者各以其獨得之見解，而爲種種之說明。今大別之爲主觀說客觀說兩種。前者求區別之標準於表意人意思。若表意人專爲或主爲表示某種意思而爲表示行爲時，則其表示稱爲明示。若表意人直接表示他種意思，而間接則欲相對人推測其法律行爲之意思時，則其表示稱爲默示。此派學者往往不用明示默示之術語，而用直接之意思表示與間接之意思表示。後者求區別之標準於表示之方法。或以言語所表示者爲明示。或以所用之方法使相對人直接了解者，爲明示。而相對人解釋周圍之事情後，方得了解者爲默示。倘有少數學者，以緘默之意思表默示爲示者。若法律對於明示默示之間，異其法律效果時，則兩者或有區別之實益。且有區別之必要。然我民法不僅未揭兩者區別之標準。且於兩者之效力，亦未設差異。則解釋上兩者毫無區別之必要也。（Isay, Holder），或以默示之意思表示不以受領爲必要，此論亦謬。如返還或焚毀債權證書以爲免除債務之意思表示時，須對於債務人爲之。若不於債務人之面前爲之，或返還其債權證書於債務人，則不生免除債務之效力。由此觀之，尙可以爲有相對人之意思表示也。

心內思的效果意，是否爲意思表示之不可缺之要素。於意思與表示相齟齬時，即有表示上之效果意思而缺之心內的效果意思時，其意思表示之爲有效與否，發生問題。關於此點，

意思主義表示主義及折衷主義，爭議甚烈。

（1）意思主義（Willenstheorie） 法律之所以使意思表示發生法律效果者，乃根據於當事人之意思。而表示不過用以推測意思之方法。故表示不能爲發生法律效果之原因。是以不出於心內的效果意思之表示，當然無效。古來多數學者如 Savigny, Windscheid 等均採此說。

（2）表示主義 Erklarungstheorie）人之意思，僅可由於其所表現之手段即表示而推測之。且爲保障交易之安全，不問其真意若何，須以其所表示者爲標準，而賦與法律效果。此說 Lotmar, Danz 等採用之。

（3）折衷主義（Vermittelungstheorie） 此派以極端的意思主義與極端的表示主義爲不當。或主張以意思主義爲原則而認例外。或主張以表示主義爲原則而折衷於意思主義。此兩主義之爭，不能取決於法律行爲及意思表示之理論。須考慮當事人之公平的保護，交易之安全，及社會的便宜而決定之。如意思與表示不一致時，依意思主義，以其欠缺心內的效果意思，而使其意思表示效無效時。則表意人固不受其所不預期之法律效果，而不蒙何等損失。然其相對人及第三人則往往信其表示爲有效而蒙損失。又依表示主義，使非真意的意思表示爲有效時，其相對人及第三人固不因此而蒙損失。然表意人則將爲其所不預期之法律效果所拘束，極端的意思主義與極端的表示主義均不可採。須折衷兩者而謀雙方當事人之公平的保護

爲當然也。我民法採折衷主義。且左傾於表示主義。蓋法律除保護當事人之個人外，尙須顧慮社會的交易之安全也。

第二款　意思與表示之不一致

意思與表示之不一致者，即雖有表示價值之行爲，而無心內的效果意思之謂。換言之。即眞意與表示不一致也。

意思與表示之不一致，又大別爲二。第一，表意人知其不一致。第二，表意人不知其不一致。前者稱爲故意之不一致。即眞意保留及虛僞表示是也。後者稱爲不虞之不一致。即錯誤是也。

第一項　眞意保留

眞意保留(Reservatio mentalis,mental reservation,reservation mentale,mentalreservation)又稱爲非眞意的表示，或單獨虛僞表示。乃表意人知其非自己眞意所爲之意思表示也。學術用眞意保留之名稱，不過以表意人保留其眞意於心中故耳。

眞意保留之成立要件如次。(一)須有意思表示無客觀表示的價值之行爲，不能謂爲上眞意保留。(二)表示與眞意不一致(三)表意人自知其眞意與表示不一致。

爲眞意保留之表意人之意思狀態，可分爲二。即他人相信表意人有行爲意思，與他人知表意人無行爲意思是也。兩者在表示行爲之客觀性質，姑置不論。而其主觀的狀態，則大有

差異。在前者固有欺罔他人之意思。而在後者，不過僅有為戲言或詼諧之為思。德國民法，依此主觀的標準，而異其意思表示之效力。前者一般雖為有效（德民一一六條）。後者則為無效（德民一一八條）。我民法不依此主觀的標準。第八十六條規定，表意人無欲為其意思表示所拘束之意思，而為意思表示者。其意思表示，不因之無效。故為真意保留之當事人之意思，不問其為欺罔他人，抑僅為戲言或詼諧，均應受本條之適用。不過戲言詼諧之為思表示，在其客觀的性質，不能謂為表示行為。且非表意人之真意，甚為明顯。多受本條但書之適用而已。其結果與德國民法無甚差異。然在立法論上，與其依德國民法之主觀的標準主義，無寧依我民法之客觀的標準主義，對於交易之安全甚為適當也（同說 Kohler）。真意保留，原則上不影響於意思表示之效力（。若八六條）於真意保留之外，尚有無能力及欺詐脅迫之原因時，則因此理由自得影響於其意思表示之效力也。

真意保留出於欺罔之動機時，則此表意人已無特加保護之必要。故不能因其真意保留，即令其意思表示無效也。若非出於欺罔之動機，而僅為戲言，苟由客觀的觀察，尚可認為有表示價值之行為時。則與其保護為此戲言之表意人。不如保護相信此戲言之相對人及第三人為當也。此法典之所以原則上使非真意的意思表示為有效也。

相對人明知表意人之真意保留時，其意思表示無效（八六條但書）。蓋使真意保留之意思表示為有效之理由，乃為保護相對人。若無此必要，自應復歸於意思主義故也。

所謂爲相對人所明知者，乃相對人認識表意人無行爲意思之謂。其認識之原因，法律並無限制。故有主張相對人須由於表意人之表示行爲而明知者（Isay），不足採也。由第三人或周圍之事情而明知時，自應受本條但書之適用。但其認識，須在表意人之行爲當時。若在行爲以後，縱明知表意人無行爲意思，亦不能使有效成立之意思表示無效也。

主張意思表示爲有效之當事人，祇須證明表意人有表示價值之行爲。無須證明其無眞意保留也。反之。表意人欲主張其意思表示爲無效時，僅證明其眞意保留，尙猶未足。更須證明其相對人明知其非眞意。儻有疑問者，則爲相對人已證明其爲眞意保留時，能否以無眞意爲理由，主張其意思表示無效。按八六條之趣旨，雖爲不許表意人以眞意保留爲理由，而主張其意思表示爲無效。而相對人爲此主張時，乃指其相信表意人之意思表示爲有效而言。自不該當於八六條但書之規定。故解釋上不應許相對人主張無效也。

第二項　虛僞意思表示

虛僞的意思表示(Simulatio Simulation; Scheingeschaft)又稱爲通謀虛僞的意思表示或假裝行爲。乃與相對人通謀而爲之非眞意的意思表示也。其有意思表示，眞意與表示不一致，及表示人知其不一致三點，與眞意保留同。而其「與相對人通謀」之要件，則爲眞意保留所無。在眞意保留，其相對人雖有時知表意人之眞意，然其與表意人間，並無通謀之事實。所謂與相對人通謀者，乃表意人與其相對人間，就非眞意的意思表示，有合意之謂也。

虛僞之表思表示，通常多爲欺罔第三人而爲之。故民法八七條一項特爲規定之。不問其是否有害第三人之意思與謀自己利益之意思也。

虛僞的意思表示之效果，因當事人相互間與對於第三人而有所不同。分述如次。

（1）在當事人相互間，常爲無效。無論何方當事人，皆得主張其無效。又縱令第三人主張其有效時，而在當事人間，仍不能有效。

（2）對於第三人之關係，則依此第三人之爲善意或惡意而異　對於惡意第三人之關係，與當事人間相同，無論何方，皆得主張其意思表示爲無效。而對於善意第三人，則不能主張其意思表示爲無效（八七條一項但書）。蓋爲使第三人不致因當事人之通謀虛僞的意思表示而受損失也。

第三人者，指意虛僞的意思表示之當事人及其包括繼承人以外之人而言。以詐害債權人爲目的，而爲瑕疵的意思表示時，該債權人尚爲第三人。而由此瑕疵之意思表示成爲名義上之權利人。若將其權利讓與他人時，該受讓人亦爲第三人也。因繼承而取得其權利者，乃包括繼承人，非第三人也。

善意之第三人者，不知其爲虛僞的意思表示之第三人也。但須於何時不知，頗有疑問。由設此規定之趣旨觀察之，該第三人與虛僞表示之效力發生利害關係時，須爲不知（善意）也。

虛僞之意思表示，往往隱藏他項意思表示。此等隱匿行爲，德民法規定，適用其所隱藏之法律行爲之規定（德民一一七條二項）。我民法從之（八七條二項）。如假裝買賣而隱藏贈與或借貸之意思時，則依贈與或借貸之規定，以定其成立及效力。隱藏行爲，雖不能以隱藏爲理由，使其無效。若欲發生效力，則須具備一般法律行爲之成立要件與該法律行爲之成立要件。關於第一點，是否須有眞意的表示，成爲問題。就虛僞的意思表示，雙方當事人雖有合意。而就隱藏行爲，非有適於認識眞意之存在之表示行爲，則不能謂爲意思表示之合致也。關於第二點，如買賣隱匿贈與時，雖有買賣證書，不能認爲字據贈與也。

隱藏行爲有效時，不僅在當事人間，至第三人亦得主張其有效。如債務人乙假裝借貸由丙買得某財產時。債權人甲對於乙丙之法律行爲，雖爲第三人。亦得主張其買賣爲有效，而對於乙之財產爲強制執行。然由當事人主張隱藏行爲爲有效時，則不能不受八七條一項但書之限制。如丙對於債權人丁既不能主張虛僞表示之借貸無效。故不能主張買賣之有效也。

在羅馬法債務人以担保債權爲目的，將某物之所有權讓與於債權人者，稱爲 Fiducia。債權人於担保之目的範圍內，得使用其讓與物。此種法律關係，學者每以限制的所有權之讓與以說明之。

今日有以討受債權爲目的而爲債權之讓與者。亦有以担保債權爲目的而爲所有權之讓與者。此等行爲，稱爲信託行爲（Fiduziarisches Rechtsgeschaeft）。其效力若何，議論不一。

消極說（卽無效說）者，或主張信託行爲乃虛僞的意思表示。或主張爲脫法行爲。故爲無效。此派學者，法國甚多。而德國及日本則不多見。然以信託行爲習爲虛僞表示，而否認其存在者，誤也，謂虛僞表示爲非真意表示者，乃因其無行爲意思也。然在信託行爲，因特殊理由，當事人仍有欲發生法律效果之意思。如債權人欲使他人代爲索債，僅締結代爲索債之委任契約時。而在遠隔之地，殊多不便。故有時信賴他人，而將債權讓與。又如以不便搬運之物爲担保，不便設定質權時，而將所有權讓與。此時當事人仍有欲發生債權讓與及所有權移轉之法律的效果之意思。而謂無行爲意思之表示，卽虛僞表示者，未免誤認事實也。

積極說（卽有效說）爲多數學者所主張。但就信託行爲之性質，則見解尚未一致。尤其在受信託人破產時，信託人就其所信託之財產，是否有取回權，爲此派學者所激爭。

第一說分法律關係爲內的關係與外的關係，以說明信託行爲。如以索債之目的爲信託的讓與時，在外的關係爲債權讓與。在內的關係，則爲索債委任。在受信人破產時，信託人有取回權。此說在德國爲多數說。

第二說就債權讓與，不區別內外之關係。唯在信託行爲，當事人間有限制的讓與之從債權契約而已。此說淵源於羅馬。現今主張此說者，爲Biermann, Staudinger, Riezler等。不區別內外二種關係，固不能說明信託行爲之觀念。唯區別此種關係，屬於法律之權衡。決不能以當事人之意思，成立此種關係。故如德國帝國裁判所爲之解釋，將信託行爲，分爲內外二

兩種關係，不能謂爲妥當也。信託行爲之內部關係，雖非債權之讓與。仍有將讓與之債權於索償之目的範圍內使用之信託關係，即債務關係。信託行爲之不能成爲虛僞表示者，亦在此點。然表面上當事人仍有移轉債權之意思，故法律生移轉債權之效果。不過附有限制的債務關係而已。若當事人無此意思，僅有委任之意思時，則不能不謂爲虛僞表示也。信託的債權讓與行爲在經濟上最後之目的，固爲索償。債權人信賴受讓人，採債權讓與之有力的方法，而有使受讓人負担不濫用債權之意思時，即所謂信託行爲也。

第三項　錯誤

錯誤（Error, misteke, Irrtum）者，認識與對象之齟齬，即觀念與事實之不一致也。其效果及於公私兩法。而公法上之效果，非本章所應研究之範圍。茲所述者，乃影響於意思表示之效力之錯誤而已。

意思之表示錯誤有二。即爲意思表示之動機（Motif, Beweggrnnd, motiv）之錯誤，與意思表示之錯誤是也。如誤信最近將通電車而購買其兩傍之土地時，則僅爲動機即緣由之錯誤。此種錯誤，幷不生意思與表示不一致之效果。蓋法律行爲之動機，千差萬別。若依其動機若何，而左右意思表示之効力時，殊有害於交易之安全。故民法做諸國法制，關於動機之錯誤，不影響於意思表示之效力。然一定事實，是否構成意思表示之內容，抑僅爲動機，須依其具體的意思表示以決定之。若當事人以通電車爲買賣之條件時，則電車之通過，不僅爲

買賣之動機矣。

關於意思表示之錯誤，更分爲二。即表示上之錯誤與表示內容之錯誤是也。前者如誤記誤談等，所謂表示行爲本身之錯誤。後者則非表示行爲本身之錯誤，乃其表示意義之錯誤是也。普通之錯誤，係關於意思表示之內容。故先述其效果，而後說明表示上之錯誤。

表意人誤表示其意思表示之內容時，雖有表示上之效果意思，然缺乏心內的效果意思。即表意人之眞意，未行表示，而所表示者，非表意人之眞意，於是發生此等意思表示爲有效無效之問題。若採極端之意思主義，則此等意思表示應爲無效。若採極端之表示主義，則其錯誤，不應影響於意思表示之效力。前者偏於保護表意人，而犧牲其相對人及第三人之利益。後者偏於保護相對人及第三人，而對於表意人，未免過酷。故諸國法制，莫不折衷之。惟使重大之錯誤，方足以左右意思表示之效力。我民法係採此折衷主義。於意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情即不爲意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之(八八條一項)。

民法既規定意思表示之內容有錯誤，則動機之誤錯，並非內容之錯誤也。但何者爲意思表示之內容，則須就各個意思表示爲客觀的解釋以決定之。

法律使表意人得以錯誤爲理由而撤銷其意思表示者，乃完全爲保護表意人之利益。若表意人不視爲重要，則縱其意思表示之內容有錯誤，不能認其有錯誤之效力也。故在表意人之

主觀方面，須有若無錯誤，則不至爲意思表示之關係之存在。然倘依此主觀的標準時，則認錯誤之效力之範圍，過於廣泛。而表意人之主觀的判斷，又各有不同。且不易爲外部所認識。故依此標準時，殊有害於相對人及第三人。而易惹起交易上之紛爭。且民法使用「意思表示之內容」之文字，應解爲係依客觀的標準之意。故錯誤之部分，不僅主觀方面，視爲重要。在客觀方面，亦應視爲重要也。

表示行爲之外形有錯誤時，亦發生意思與表示不廣之不一致之問題。如言語之錯誤，書寫之錯誤是。德國民法（一一九條）規定此種錯誤，亦與內容之錯誤同論。在同一條件之下，而爲意思表示撤銷之原因。我民法從之。所謂表意人若知其事情即不爲意思表示者，即指此種錯誤而言也。但以其錯誤或不知情，非由於表意人自己之過失者爲限（八八條一項）。

採具體的標準，以定內容錯誤之意義時。足以影響於意思表示之錯誤之種類，固不能一一例舉。然左示數例，雖不能網羅各種錯誤，然於爲具體的判斷時，不無參考之價值也。

（1）關於法律行爲之性質或種類之錯誤，在一般交易上通常爲重大內容之錯誤。如誤認借貸爲贈與是。

（2）關於標的物之錯誤，通常亦認爲重要內容之錯誤。但當事人若不視爲重要時，則不能謂爲內容之錯誤也。如廄中爲乙馬，而誤以爲甲馬，將其賣出時，固爲內容之誤錯。若視甲乙二馬無甚區別而將乙馬賣出時，則不能謂爲內容之錯誤也。

（3）當事人乃意思表示之主體而非其內容。故關於當事人之錯誤，不能謂為意思表示之錯誤也。然贈與，遺贈，使用借貸，無利息消費借貸，委任等無償行為及與此相似之有償行為，通常係對於特定當事人而成立法律關係，故應成為意思表示之內容。然在不以特定當事人為必要之現物買賣，若表意人無以特定當事人為必要之意思表示，則當事人不能構成意思表示之內容。故關於此點之錯誤，不能謂為內容之錯誤也。

（4）關於當事人之資格，標的物之性質之錯誤，自來議論不一，或謂在社會交易上若不具備一定資格或性質，即可視為別種之人或物時，是為意思表示內容之錯誤者。又有當事人之資格及物之性質是否可以構成法律行為之內容，乃事實問題。應由法院參酌各種情況及證據以判定之者，我民法規定當事人之資格或物之性質若交易上認為重要者，其錯誤，視為意思表示內容之錯誤（八八條二項，德民一一九條二項）。學者或謂此點雖非意思表示內容之錯誤，然在經濟上其重要之點與內容之錯誤無以少異。故應視為內容之錯誤云。

（5）關於標的物之數量，履行之時期，履行之處所之錯誤，當然係意思表示內容之錯誤。若各當事人特重視於某時期或某處所為履行時，且於具體的情形在一般交易上亦可視為重要時，則自應視為意思表示內容之錯誤也。關於標的物之差異，認為重要時亦同。

錯誤與不知，在觀念上得為區別。前者係對於正當認識之不存在，加以積極的誤謬認識之謂。後者係僅指正當認識之不存在而言。故錯誤之中，自應包含不知。通說亦然。然錯誤

是否存在於意思表示之內容，則錯誤與不知之間，亦有差異。即表意人已認識不知而爲意思表示時，則不可認爲意思表示內容之錯誤也。如以爲廐中係甲馬而賣出，結局爲乙馬時，固可謂爲內容之錯誤。若不知其爲甲或乙，且不介意於其不知而爲賣出時，則不能謂爲意思表示內容之錯誤也。又誤連帶債務爲保證債務時，固可認爲內容之錯誤。若不知連帶債務與保證債務，且認識其不知時，則不可認爲內容之錯誤也。

錯誤可分爲事實之錯誤與法律之錯誤。後者係不知法律規定之存在，或就法律規定爲誤謬認識之謂。我民法與德國民法相同，不分別事實之誤謬與法律之錯誤。故法律之錯誤，與事實之錯誤在同一條件之下而爲法律行爲之撤銷原因。不過法律之錯誤，由於表意人之過失者，較事實之錯誤爲多耳。

主張法律之錯誤，係關於意思表示之法律效果時，不得爲撤銷之原因者，乃德國民法學者之通說（Staudinge, Riezler 等反對 Oertmann）。若單指法律效果，雖未免失之廣泛。若區別意思表示之意思與效果，而單指意思表示之非法律行爲的效果爲法律效果時，余亦左袒是說。蓋法律不問當事人是否有行爲意思所認之效果並非意思表示之內容故也。如誤認連帶債務爲保證債務，乃誤認法律之規定。即係自己意思表示上之法律效果之錯誤。則其效果，亦可構成意思表示之內容。故應爲意思表示內容之錯誤。反之。賣主誤信自己就標的物無瑕疵担保責任時，雖同爲意思表示之法律效果之錯誤。但瑕疵担保義務之發生，並非基於當事

人之意思。故不能謂爲意思表示內容之錯誤。又在贈與契約，誤信依書面贈與亦可撤銷，無權代理人誤信其所締結之契約當然拘束本人，亦然。蓋契約能否拘束當事人，應否認撤銷權之存在，皆關於非法律行爲的效果故也。

在舉各例，與錯誤極相類似，而實不同。

(1)意思表示之不一致　錯誤乃意思與表示之不一致，其與二個或數個意思表示之不一致之區別，在理論上甚爲明瞭。然實際上其區別仍甚感困難。在客觀方面，就同一目的有相對應的內容之意思表示，而在主觀方面，其一方或雙方之意思表示有意思與表示之不一致時，是爲錯誤。在客觀方面，雙方之意思表示無相對應之內容時，是爲意思表示之不一致。如甲請乙爲連帶債務人，乙誤以連帶債務爲保證債務而與以承諾時，乃錯誤之問題。因其在客觀方面，關於連帶債務一點有意思表示之合致故也。反之。乙以連帶債務與保證債務相同，而承諾爲保證人時，則不能認爲意思表示之合致。自非錯誤之問題。我民法關於意思表示之不一致與錯誤，其法律上之效果既有差異，自有區別之實益也。

(2)停止條件之不成就　在普通情形，當事人得以意思表示使非本來意思表示之內容之事項成爲意思表示之內容。應以之與附停止條件之意思表示相區別。前者乃就特定人或物成立法律關係之意思表示。後者於條件成就前，不使其發生法律行爲之效果。換言之。於條件成否未確定期間內，發生不確定之法律狀態。故以法律行爲是否帶不確定之性質爲標準而爲

兩者之區別時，甚爲明瞭也。如買賣契約中以履行之時期處所方法等爲條件時，卽契約之內容，非民法之所謂條件也。

（3）由當事人之合意將以已合致之意思以一種特別（與普通不同）的之表示行爲發表時，其表示行爲所有之意義與當事人之意思雖不一致，然不能謂爲錯誤也。蓋表示須依當事人所定之意義以解釋之。此時須依其合意所定之意義而認其意思表示之效力也。

錯誤之效果，有使意思表示無效之主義與得撤銷之主義。德國民法，採撤銷主義。且於相對人因撤銷而蒙損害時，應賠償所謂消極的契約利益(Negarives Vertragsinteresse)。換言之，卽賠償相對人信其意思表示爲有效所受之損害也（但不得超過其契約有效時所受之利益），（德民一一九條一二二條）。日本民法採無效主義。以要素之錯誤爲意思表示無效之原因（日民九五條）。採無效主義者，固基於意思主義之理論。然因錯誤卽可左右意思表示之效力時，不僅偏於保護表意人。且意思表示之有效無效，在當事人及第三人間多不明瞭。故在立法論上，以採撤銷主義爲宜。我民法第八八條規定意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其情節卽不爲意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之。但以其錯誤或不知情，非由於表意人自己之過失者爲限。第九一條規定，依第八八條及第八九條之規定，撤銷意思表示時，表意人對於信其意思表示爲有效而受損害之相對人或第三人，應負賠償責任。但其撤銷之原因，受害人明知或可得而知者，不在此限。係採德民之撤銷主義也。

過失者，欠缺注意之謂。吾人共同營社會生活時，對於自己之行動須用相當注意。務須不侵害他人之權利。此即所謂注意義務也。若怠於此注意義務，稱爲過失。注意義務並非道德上之義務，乃法律上之義務。

過失分爲客觀的或抽象的過失與主觀的或具體的過失。前者係要求普通人所應有之注意。換言之。不以行爲人之注意能力爲標準，先假想一普通人，而要求爲此種人之注意。若欠缺此種人之注意，即爲有過失。故稱爲抽象的過失，後者反是。以當事人之能力爲標準，而定注意之程度（民法所謂「處理自己事務爲同一注意」（如二二三條五三五條），即指此而言。違反此種注意義務，即爲有主觀的之過失也。客觀的過失又可細別爲重過失（Culpa levis）與輕過失（Culpa lata）。民法雖未使用輕過失之文字，然規定過失或善良管保者之注意時，係指輕過失而言。八八條之所謂過失，即輕過失也。蓋法律原則上得要求通常人之注意。若要求比此較重或較輕之注意時，大都基於特別之情形，自應有特別之規定。若無特別規定，則應解爲輕過失也。關於重過失之觀念，學說甚多。或謂重過失乃非惡意的欺詐。或謂輕過失乃注意之不充分。重過失乃完全欠缺注意。或謂重過失乃欠缺通常人所用之注意，輕過失乃欠缺特別人（即注意較深之人）所用之注意。或否認此二者之區別。然法典既已認此二者之區別，則否認論，自不可採。二者之區別，雖均根據客觀的標準，但其程度不同。欠缺普通人之注意者爲輕過失。其程度甚重者爲重過失，其過失之程度與過失之有無，乃事實問題。

法官得根據當事人之證明以決定之。

由於錯誤之意思表示雖得撤銷。此種意思表示，在客觀方面，仍爲完全之意思表示。不過在主觀方面，有錯誤之缺點而已。若欲撤銷此種意思表示，表意人應證明自己之錯誤。否則，法院仍視其意思表示爲有效也。表意人祇須證明自己之錯誤。其錯誤是否關於意思表示之內容，法院應根據當事人所證明之事實而判斷之。

誤傳　如依使用人書信電報電話等傳達意思表示時，因傳達者之行爲，傳達錯誤之意思表示於相對人時，其效力若何，在德國普通法上成爲問題。在裁判上亦因此發生種種困難。故德國民法特設規定。使其與錯誤在同一條件之下而左右意思表示之效力(德民一二〇條)。我民法倣之。規定意思表示因傳達人或傳達機關傳達不實者，得比照錯誤之規定，撤銷之(八九條)

意思表示之誤傳，得分爲二種情形。第一，以傳達人或機關傳達已成立之意思表示者。如以書信或使者傳達意思表示時，因傳達者之故意過失或無責任行爲傳達錯誤僞造之書信是。此時表示行爲雖已成立。不過尚未具備發生效力之要件而已。此種意思表示應依九五條之規定，即該意思表示尚未達到於對相人，尚未具備發生效力之要件，而非意思與表示之不一致之問題也。

第一，以傳達人或機關爲表示機關者，即我民法及德國民法所規定者是也。如以電報傳

達意思表示時，因電務員之誤記。命使者以口頭傳達時，因使者記憶之錯誤。此乃因表示機關之行爲，而爲錯誤之意思表示，卽意思與表示之不一致也。依表意機關爲錯誤之表示卽表示表意人所不欲表示之意思表示。換言之，卽表示非表意人所欲發生法律效果之意思表示也。故民法使其比照錯誤之規定，俾表意人得撤銷其意思表示。其撤銷之存續期間，爲自意思表示後一年。又撤銷時，表意人對於信其意思表示爲有效而受損害之相對人或第三人，負賠償責任（九一條）。表意人於傳達時有過失者，亦應比照前條不許撤銷。

第三款　有瑕疵之意思表示

表意人爲意思表示時，其效果意思之決定，係由於他人之干涉者。此種意思表示，雖有效果意思，但其效果意思之決定，乃其他人之不正當干涉。故民法就此種意思表示，俾受干涉人以撤銷權。此種意思表示稱爲有瑕疵之意思表示。卽民法第九二條所規定之被欺詐或被脅迫而爲之意思表示是也。

第一項　被欺詐而爲之意思表示

欺詐（Betrug, arglige Tauschung）者，以使他人陷於錯誤爲目的所爲之故意行爲也。其效果涉及民刑兩法。刑法爲維持社會之秩序，科欺詐者以刑罰。而民法則爲保護被欺詐人之利益。兩者之目的，各有不同。故其法律關係亦異。

欺詐在民法上之效果有二。其一，爲被欺詐而爲之意思表示之效果。此時被欺詐之當事

人，有撤銷其意思表示之權。而以其撤銷，得免法律之拘束。第二，用欺詐所爲加害行爲之效果。法律視此等行爲爲侵權行爲。使其對被害人負損害賠償之責。此兩種效果，相互爲用，方足以充分保護當事人之利益。茲所述者，僅限於第一種效果而已。

被欺詐而爲之意思表示者，因相對人或第三人之故意行爲，致陷於錯誤，而爲之意思表示也。故第一，須有錯誤。第二　其錯誤須由於相對人或第三人之故意行爲。第三，須陷於錯誤而爲意思表示。

（1）欺詐須出於故意　故意乃成立欺詐之主觀的要件者，由其字義觀之，甚爲明顯。然關於故意之內容，民法與刑法頗有差異。刑法雖須有使人陷於錯誤而取得財產的利益之意思。而民法之所規定（九十二條一項）者，係因意思表示受他人之不法干涉，並不以取得財產的利益爲標準。故如欺詐之結果，使他人爲無財產的價值之法律行爲時，亦應包含。

故意者，乃欺詐者使其相對人陷於錯誤，且因此使其爲一定意思表示也。即第一，須有使其生錯誤之意思。第二，須有使其因錯誤而決定爲意思表示之意思。如僅有使其生錯誤之意思，不得謂爲欺詐。例如以僞畫爲眞畫，因以誇示自己之豪富是也。

欺詐非法律行爲，故欺詐者無須有行爲能力。又與侵權行爲之欺詐不同，亦不須有責任能力。然欺詐既須出於故意，則不能不有意思能力也。

（2）須有錯誤　表意人須陷於錯誤。故民法上未遂之欺詐，不生何等法律效果。錯誤不

必存在於法律行爲之內容。如買賣土地時，告以開通火車之決議，雇用工人時，告以不加入同盟罷工，均可生錯誤也。

錯誤須以欺詐行爲爲原因。對於已經陷於錯誤之人而有欺詐行爲時更可分爲二種情形以說明之。第一其欺詐行爲不能確實使人陷於錯誤時，自不能謂爲由於欺詐之錯誤。如前例賣主誤聞開通火車之決議，雖買賣當時偶向賣主詢問，而不待賣主之回答以爲確定誤聞之標準是。又利用他人之錯誤而爲欺詐行爲時亦然。反之。從來之錯誤，因欺詐行爲而更使確實時，亦可謂爲由於欺詐之錯誤。如以前之誤聞，尚不敢十分斷定。因欺詐者之言，方確信誤聞時，仍可謂爲由於欺詐之錯誤。此時之欺詐行爲，並非爲決定意思表示之唯一或最先之原因。然在因果關係，僅須有若無欺詐行爲即不發生錯誤之關係。不必以欺詐行爲爲唯一或最先之原因也。總之，錯誤是否以欺詐爲原因，須就當該具體情形決定之。苟由欺詐而生錯誤，則在一般情形該欺詐是否足以惹起錯誤，在所不問。

(3)錯誤係由欺詐行爲而生　此點乃單純之錯誤與由於欺詐之錯誤之區別也。所謂欺詐行爲乃以非眞實之事實爲眞實而表示之行爲也。其揑造虛僞之事實與隱蔽眞實之事實，皆可稱爲欺詐。但發表單純之希望或意見，則不能構成欺詐。然事實與單純之意見之限界，一見頗難明瞭。自不能以事關未來即稱之爲意見。如一年後某處是否有開通火車之計劃，乃現在之事實。第三人有如何之意見，亦一事實。然自己之意見是否可稱爲事實，則將疑問。如賭

買古董人請第三人鑑定，該第三人與賣主串通，發表非自己本意之意見時，固可謂爲欺詐。反之。商人當買賣時謂自己之非上等貨爲上等貨，謂非廉價物爲廉價物，則不能謂爲欺詐。兩者由心理學言之，乃一心理狀態之表白。彼此固不能謂爲有所區別。然一係確定之事實，一無確定事實之價值。總之，須視其能否認爲交易上確定之事實爲標準而斷定之。

單純之沉默，通常不構成欺詐行爲。若法律上契約上或交易之習慣上有告知真實之義務時，仍可構成欺詐行爲（鳩山氏Enneccerus，富井氏）。蓋沉默雖係一行爲。縱以欺詐之故意而爲之，且爲致他人陷於錯誤之原因。若在交易上無告知義務，自不能謂爲對於他人之意思決定，加以不當之干涉故也。交易之習慣上是否認有告知義務，因法律行爲之種種而異。如在投機法的律行爲，其性質上乃一方當事人利用自己所有之知識經驗，以博利益。對於相對人固不可認爲有告知義務。其他之法律行爲尤其在當事人間有信任關係之法律行爲（如合夥契約及委任契約）則應認爲有告知義務也。

（4）須由錯誤而爲意思表示　意思表示與欺詐之間須有因果關係。換言之。須有「苟無錯誤則不至爲該意思表示」之因果關係。此因果關係之存在與否，僅依主觀的標準以決定之。而錯誤在一般情形是否影響於意思決定，是否重大，在所不問。

被欺詐而爲之意思表示得撤銷之（九二條一項）。有撤銷權者爲表意人。而非欺詐人也。但有限制。即其撤銷不得對抗善意第三人（九二條二項）。所謂善意第三人者，乃不知意思表

示係由於欺詐，而成立法律上之利害關係之人也。若無此種情形，則不能受法律上之正當保護。所謂「不得對抗」，乃謂在對第三人之關係不得主張撤銷之效果也。如丙不知甲乙間之不動產所有權之移轉係由於欺詐而受讓該不動產時。則丙為善意第三人，應受法律之保護。無須返還不動產。但此限制，僅對於善意第三人方可存在。而在惡意第三人與當事人間，自不妨撤銷其法律行為，使發生返還義務。以此規定而限制撤銷之法律效果者，以善意第三人較被欺詐人更應保護。藉以維持交易之安全也。

由於欺詐之意思表示之成立要件，在民刑兩法雖有不同。然兩者並非互相排斥。故同一行為在刑法上構成犯罪，在民法上成立侵權行為，且具備九二條一項之要件者不少。

由於欺詐之意思表示在刑法上構成犯罪時，其在民法上之效力若何，有二說。卽無效說與撤銷說是也。無效說之第一理由，謂犯罪行為之觀念與法律行為之觀念互相矛盾，然在公法關係之刑法，係以處罰犯人之行為為目的。苟已達其處罰之目的，則該行為在民法上果有若何之效力，自可不問。謂兩者互相矛盾者誤也。無效說之第二理由，謂構成犯罪行為之欺詐，在民法上該當七二條所謂違反公序良俗之行為，應為無效。然一方當事人之違法行為與法律行為之目的之不法，其間自有區別，總之。一行為涉及民刑兩法而有兩面的法律效果時，其民法上之成立要件及效果，一依民法之規定以決定之。若係由於欺詐之意思表示，則該當九二條一項。故以撤銷說為適當。

由於欺詐之意思表示，若其備侵權行為之要件時，當然可以發生損害賠償之義務（一八四條一項）。其撤銷權之行使與損害賠償請求權之行使不相妨礙。不過行使撤銷權後而請求損害賠償時，其損害額較行使撤銷權以前為小耳。

非意思表示之當事人即第三人行欺詐時，其相對人明知其事實或可得而知者為限，始得撤銷之（九二條一項但書）。若相對人係善意無過失，則不能撤銷。蓋惡意之相對人比之與第三人通謀而行欺詐之相對人則無不可。而善意無過失之相對人，較之被欺詐人更應保護故也。意思表示之相對人若有二人以上，其一人為善意他一人為惡意時，其意思表示是否可以撤銷。德國學者有主張僅對惡意之第三人可以撤銷，對於善意第三人之關係，則依法律行為一部無效之規定（德民一三九條）以決定之者。關於此點，我民法雖無明文。由九二條二項之規定觀之，若欲犧牲被欺詐人之利益以貫徹保護第三人之立法趣旨，則因撤銷而使第三人受損害時，應解為不許撤銷。若其意思表示實質上可分為二，撤銷對惡意第三人之意思表示不致影響於善意第三人時自應仍許撤銷也。

英美法有所謂虛示（M srepresentation）者，乃發表與事實不符之行為。雖可使相對人惹起錯誤，而非基於故意之欺詐者也。在英美法亦以為法律行為之撤銷原因之一。在我民法法律行為由於欺詐之撤銷，既限於故意。自不能達同一結論。

欺詐及由此所生之錯誤應由主張撤銷意思表示之當事人負證明之責。

第二項　被脅迫而為之意思表示

被脅迫而為之意思表示者，相對人或第三人故意示加害之意，使表意人生恐怖心，因此恐怖而為之意思表示也。

（1）須使表意人生恐怖心　民法不能視表示加害為不法，而加以制裁。縱令相對人或第三人表示加害之意，而表意人不生恐怖心時，亦不並影響於意思表示之效力。故民法上未遂之脅迫，不生何等法律效果。

所謂使人生恐怖心不必使其喪失判斷力，縱有於二個加害之中，能選擇最小者之判斷力時，亦可適用九二條一項。若脅迫其為重大或急迫，使表意人完全喪失意思能力時，其行為並非可以撤銷，乃當然無效。但恐怖須較麻煩或不便之程度為重。其是否達恐怖之程度，在各具體情形，委之於法官之判斷。

恐怖須因脅迫行為而生。被害人因被害更生恐怖心時，是否更構成脅迫行為，殊有議論。若通知將繼續為加害行為時，自可為將來生恐怖心之原因也。

（2）恐怖須因脅迫而生　如相對人或第三人未表示加害之意，而表意人無故自感恐怖時，不能謂為脅迫也。英法所謂不當之威力（Undue influence），即有威力之強者對於弱者以口頭或容態表示其將利用其威力之意思時，即為脅迫。蓋此意也。如某婦人因見形容古怪之乞丐而與以金錢，固不能備本條之要件。若該乞丐表示欲入其家搗毀器具（使生恐怖），

則爲脅迫也。

脅迫者，通知將來加害之舉動也。加害之種類，法文雖未列舉。固不必侵害特定之法益，如生命身體自由貞操名譽財產均可。其法益之所有人亦無限制。除侵害表意人之法益外，以侵害其配偶近親好友之法益，使表意人生恐怖心而爲法律行爲時，亦可構成脅迫也。

加害是否須爲重大，在德國民法之解釋上頗有議論（Oertmaun Komm,S.348 參照）。然在我民法上不必須爲客觀的重大。惟在該具體情形足以使表意人生恐怖心卽可。不過於通知輕微之加害，不易證明是否生恐怖心而已。加害不必須出於脅迫人，苟脅迫人之機關足以爲加害行爲時，亦可構成脅迫。如對於常人說天災地變，若請自己祈禱卽可免災時，固不能謂爲脅迫。而對於迷信者言之，則爲脅迫也。

加害須爲將來。若通知過去或現在已發生之加害，不能謂爲脅迫。通知加害之形式，法文既無限制。則口頭容態均可。惟對於被害人不施救助行爲是否可以構成脅迫行爲，議論不一。有主張可以構成脅迫者(Biermaun)。有謂出自己所惹起之加害而不施救助時，方可構成脅迫者（Planck）。有謂有救助義務而以不救助行脅迫時，則構成脅迫者（Enneccerus）。以第三說爲當。

（3）其意思表示須因恐怖而爲之　卽恐怖與意思表示之間須有因果關係。詳言之。因脅迫而生恐怖。因生恐怖，表意人方爲脅迫人所欲得之意思表示。意思表示是否以恐怖爲原

因，應依主觀的標準以決定之。

因恐怖所為之意思表示，須為脅迫人所欲得之意思表示。如以不給與某財產卽行鎗斃相威脅，而脅迫人購買護身用之手鎗時，則不能謂為被脅迫而為之意思表示。又如以不給與百元卽行告發相威脅。而被脅迫人給與五十元或金錶迫，雖不與脅迫人所欲望者完全一致。但此時脅迫人之意思乃概括的。後之行為自應包含。故亦可謂為有脅迫之故意也。

（4）須有脅迫之故意　脅迫之成立，須有脅迫人之故意。卽第一，須有以自己之行為使被脅迫人生恐怖心之意思。第二，須有因恐怖而使其為法律行為之意思。關於此點，法律雖無明文。而由沿革及立法趣旨言之，九二條一項係規定行為意思之決定，由他人不當之干涉。故須有故意方可構成脅迫也。

脅迫之故意，不必存在於脅迫行為之開始。以別的目的使表意人生恐怖心。迨中途變更意思，使表意人決定為法律行為之意思時，尚不妨謂為其恐怖之惹起與行為意思之決定係基於脅迫人之意思，卽故意也。

脅迫之故意，若具備上述之要件卽可。固不必有侵害財產之意思。與取得財產的利益之脅迫。與欺詐同。

（5）脅迫須為違法　德國民法（一二三條）規定違法為脅迫之要件。我民法雖無明文。然使被脅迫而為之意思表示得以撤銷者，因其意思決定受不正或不當干涉。故脅迫須為違

法。如告債務人以不履行債務必訴之於法院，或告人以不允承諾則斷絕交易等，縱令足使相對人感覺恐怖，不能謂爲脅迫也。

違法乃指客觀的違法而言。蓋本條既非規定侵權行爲。則所謂主觀的違法之要件，如當事人之侵權行爲能力，及違法之認識等，不必具備。此點學者無異議（Oertmann; Planck, Riezler）。然關於客觀的違法之意義，則諸說紛紛。或謂須脅迫手段及依脅迫所達之目的雙方違法（V. Blume）。或謂僅須目的之違法（Orome, Dernburg, Cosack, Leonhard）。或解爲手段之違法（Biermann）。又有謂手段或目的之一方違法，即爲依脅迫而爲之意思表示之違法（Oertmann, Enneccerus 等）。日本多數學者亦主張目的之違法爲脅迫之違法。此說不足採。脅迫之所以認爲違法，乃因以脅迫使表意人爲意思表示之意思決定爲客觀的違法故也。換言之。若當事人有權利使表意人爲意思表示或在交易上可認爲正當手段時，則脅迫並非違法。如告債務人以不履行債務將向法院聲請強制執行，及權利之實行，並非違法。又不加租將終止租賃契約，乃交易上正當之手段，亦非違法。但就脅迫手段雖有權利，不能即謂由於脅迫之意思表示並非違法。如告發犯罪行爲，告發行爲之本身雖非違法，若以此脅迫贈與時，則爲違法。以強制執行強迫婚姻亦然。若以強制執行之行爲脅迫決定婚姻契約之意思，法律雖未明文禁止。然究違反公序良俗，在社會上不能認爲正當之手段故也。

脅迫人縱有使表意人爲脅迫表示之權利，即目的爲適法，而手段爲違法時，其脅迫是否

為違法，乃學者爭論最烈之點也，日本通說不視為違法。然手段若為法律所禁止，則以此種手段使表示人為意思表示時，並不能謂為權利之行使。且違反公序良俗。則脅迫自應視為違法。如以手槍向債務人謂不履行債務即行槍斃是。學者亦有主張此乃權利之實行，並不能視為違法者。然為行使權利，法律甚非容許一切手段。避私力救濟而依公力救濟，乃近世立法之原則。我民法關於權利人之自助，（Selbsthilfe），亦僅有兩條規定（一五一條一五二條），範圍甚狹。且債務人並無受脅迫而為意思表示之義務。故受違法脅迫之債務人，法律仍有保護之必要。總之。若手段違法，縱令就目的有權利，亦可謂意思決定受不正之干涉也。

被脅迫而為之意思表示，表意人得撤銷之（九二條一項）。其撤銷並可對抗善意第三人。此與被欺詐而為之意思表示之撤銷不同之點也。此項撤銷應於脅迫終止後一年內為之。但自意思表示經過十年，不得撤銷（九三條）。

脅迫構成侵權行為時，亦可成立損害賠償請求權者，與欺詐同。

關於第三人所為之脅迫，無特別規定。故與欺詐不同。應解為亦可為撤銷之原因。不問其相對人是否知有脅迫之事實也。但第三人須有使表示人為意思表示之故意。

意思與表示當然無效時，則不能適用九二條。次之各種行為屬之。

（1）由於強暴之行為　由於不可抵抗之強暴行為（Vis absoluta）而為意思表示時。雖有意思表示之外形，然無意思表示與行為意思。當然無效。如強拉他人之手表捺印是。此種

行爲不能由爲本人之行爲也。

（2）因脅迫而意思之自由被剝奪之行爲　雖非有形之強制。然因加害之通知，情形急迫，使表意人完全喪失意思自由時。其所爲之意思表示，亦無行爲意思。當然無效。不能適用九二條。但實際上當事人不能證明意思之欠缺時，法官仍須適用九二條也。

（3）依民法第七十二條當然無效之行爲　由於脅迫之意思表示，固不可謂爲當然違反公序良俗。然以脅迫強使締約婚姻豫約時，當可適用七二條與九二條。但七二條之效果較九二條爲大，故不能除外七二條而適用九二條也。

（4）依民法第八六條而爲無效之行爲　被脅迫人爲非眞意的意思表示而爲脅迫人所明知時，其行爲當然無效。自不能適用九二條。

第四款　意思表示之效力發生時期

意思表示發生效力之時期，因有相對人之意思表示與無相對人之意思表示而異。關於無相對人之意思表示，法律無一般的規定。則除有特別規定外，其成立時期當然爲其發生效力之時期。而有相對人之意思表示，則須使相對人了解。故不能以成立之時期爲發生效力之時期也。（九四條）。

有相對人之意思表示有對話者與非對話者之分。此兩者之區別，似指爲意思表示之當事人之在同一地方與否而言。然對話者與非對話者之區別，非以空間爲標準。須以時間之經過

〔一般交易上時間之經過〕爲標準而決定之。即意思表示離表意人之支配後無時間之經過而爲相對人所受領者。乃對話人間之意思表示。而以時間之經過爲必要者，則爲非對話人間之意思表示。

以電話所爲之意思表示，對話人間之意思表示，抑爲非對話人之意思表示，頗有議論。德國及日本通說，皆以爲對話人意思表示(Enneccerus 穗積氏富井氏)。以通說爲當。蓋對話人與非對話人之區別，非空間之問題。乃時間之問題，則以電話所爲之意思表示，不能爲非對話人之意思表示也。

關於用使者口頭所爲之意思表示，在德國學者間。亦有議論。有解爲非對話人之意思表示，由使者將其意思表示傳達於相對人及以其他方法使相對人受領時，視爲達到）德國最高法院判例）。有解爲雖爲非對話人間之意思表示，但依口頭以傳達意思表示時，以相對人了解之時爲發生效力之時期(Biermann, 石坂氏)。又於解爲使者並非傳達已經完成之意思表示，應視爲表示之機關。故爲對話人間之意思表示(Oertmann)。日本學者亦多以爲非對話人間之意思表示。然以表示機關說較爲妥當。但使者向相對人之使用人家族等（無代理權者）傳達意思表示時，則不能解爲表意人之傳達機關。應解爲傳達已經完成之意思表示。故了解之時與表示之時其間生時間之經過。自應視爲非對話人間之意思表示也。

以旗或信號爲意思表示時，有主張爲非對話人間之意思表示者。(Holder)。然此時無

重要的時間之經過，應解爲對話人間之意思表示(Oertmann)。

思意表示之爲對話人間與非對話人間之問題，非事實問題乃法律問題。(穗積氏)

非對話之意思表示，自其通知達到於相對人時，發生效力。(九五條一項)。

關於非對話之意思表示之發生效力時期，從來主義甚多。其重要者爲表白主義(Ausserungtheorie)，發信主義(Uebermittlungstheorie)，達到主義(或受信主義Empfangstheorie)及了解主義(Vernehmungstheorie)之四主義。倘有於此四主義中採折衷主義者。茲舉例以說明之。如爲買賣之要約時，主張寫完要約書時，即要約之意思表示成立時，爲發生效力時期者，乃表白主義。投入郵筒時，爲意思表示發生效力之時期者，爲發信主義。達到於相對人之信箱者，爲達到主義。相對人看完要約書，即相對人了解要約之內容者，爲了解主義。與上四主義，如表白主義及了解主義之主觀的事實，不易爲外部所認識。以之爲標準殊不適當。故此四主義中所得採用爲立法上之主義者，僅發信主義與達到主義。前者於期交易之敏活一點，固有可採之價值。然意思表示未入於相對人支配之範圍內，即使拘束表意人於相對人尚未了解之時，即認意思表示之效力。殊爲不當。達到主義則以意思表示入於相對人之支配範圍內，即意思表示之通知達到於相對人時，爲意思表示發生效力之時期。蓋此時表意人自不能任意撤回。而相對人既在了解狀態，則縱未了解，或因特別情形而不能了解，亦無妨認意思表示之效力。此達到主義之最適於保護雙方當事人之利益，且最適於交易之需要也。

我民法之採達到主義，係倣德國民法（一三〇條）之規定。

德國學者有解釋達到爲意思表示之完成要件者。然達到並非意思表示之完成要件，乃已完成之意思表示之發生效力要件。故意思表示之具備成立要件與否，不能以達到之時爲標準而決定之。達到（Zugehen）之意義若何，學說不一。或謂相對人取得書面之占有時爲達到（Titze）。或謂在了解狀態時爲達到（Planck）。或表不能了解之障礙存在於相對人一身上之事情時仍爲達到（Oertmann）。其他尚有多少之異說。除第一說外。結果均無甚差異。我民法關於達到雖無明文以定其意義，其不應解爲占有之取得者，其理由甚明。蓋有不具備取得占有之要件而能達到故也。如使者提示書面，其相對人以手接之即行拋棄是。總之。於意思表示入於相對人可以支配之實力範圍內，且在可以了解狀態時，視爲達到。此了解狀態，若由相對人一身上之事情發生障礙亦可成立。如此解釋，方可與我民法採達到主義之趣旨相符。在各種具體情形，了解狀態之成立與否，須從一般交易上之觀念以判斷之。左示各例，可爲標準。

（1）凡書面或其他有形的意思表示達到於相對人之住所時，自可謂爲達到。但書面不必須交付於相對人或其代理人。如投入相對人之信箱，交付於其家族雇用人或同居人時，亦可稱爲達到。縱相對人在睡眠中，不在，或病中，亦無所差異。不過於半夜投入相對人之信箱時，應否以投入之時爲達到，抑以開箱之時爲達到，尚有議論。應以投入之時爲達到（同時Oertmann反對Staudinger Riezler）。蓋投入之時，其意思表示已客觀的入於相對人之實力

範圍內，其不能了解者，僅因相對人之主觀的障礙而已。又將意思表示提出於相對人之住所，而相對人不爲受領時，亦可謂爲達到。惟因郵票不足或爲掛號信其相對人之家族不能受領時，則應解爲不達到。

(2)在住所地以外與相對人或與其代理人相會而交付書面時，亦可謂爲達到。然於住所地以外交付書面於無代理權之同居人家族或傭用人時，是否即生達到之效力。抑須俟此等人回轉住所地時，方可謂爲達到，尙有議論（前說Oertmann後說Endemann）。余以爲在住所地之近傍交付於事實上有受領能力或已長成之家屬時，方可解爲達到。但以相對人不拒絕受領爲限。若相對人拒絕受領時則如何。若有充分理由可拒絕時。應解爲不達到。

(3)相對人若在旅行中，交付於其所住旅館之賬房時，若有營業所則交付於營業所時，視爲達到。

(4)拒絕受領時，有積極說與消極說（前說Ennecerus, Holder）。而採消極說者，即採不視爲達到之說者，大都依其他之法律規定而與達到生同一效果。或主張應準用以不正當行爲阻止條件之成就之規定（一〇一條一項德民一六二條）(Habicht)。或主張應準用債權人遲延之規定（二三四條德民二九三條以下）(Titze)。又有主張其爲侵權行爲。行爲人須負回復原狀之義務者（Breit）。以上諸說，皆有缺點。殊難得一般學者之贊同。余以爲妨害達到與妨害了解應爲區別。在後者不妨視爲達到也。如前所述，在相對人之住所提示書面，若無郵票

不足等之正當理由而拒絕受領時，或在住所地以外無正當理由拒絕受領時，則客觀的可以了解狀態已經成立。而了解之障礙，僅存於相對人一身。故應解為達到。不然，則九五條之趣旨，將難實現也。

(5)反之。相對人妨害達到時，如隱瞞自己之姓名或住所使相對人無從調查時，則客觀的了解狀態既無由成立。應視為不達到。此時須依公示送達之方法，以資救濟（九七條）。

(6)意思表示有客觀的不能了解之性質時，不能視為達到。如字體潦草頗難認識，或用一般不用之外國語（如希臘文），使相對人不能了解是。若使用一般交易上所用之文字，則了解之障礙僅為主觀的。不能不視為達到也。

(7)關於口頭之意思表示，則與前述者，大異其趣。縱令已傳達於相對人之家族，然其家族難免不突然發生死亡，疾病，忘記等事情。則相對人時有不能了解之危險。若此時推定了解狀態已經成立，或謂了解之障礙係存於相對人，殊為不當。故口頭之意思表示，須俟其家族傳達時，方能解為到達（Biermann）。

達到須基於表意人之意思者，乃多數學者所承認。然精密言之，尚不無多少疑問。

(1)意思表示須向相對人表示之。換言之，須使相對人認識其所表示之意思表示之內容。若於面對談話或與第三人談話時洩漏其意思，不能認為對於相對人意思表示。

(2)意思表示之發送須基於表意人之意思。如第三人未經表意人之同意擅發棹上之書信

，不能謂爲基於表意人之意思。

（3）發送以後，所發送之意思表示僅客觀的達到於相對人即可。如第三人拾得由郵差或使者所遺失之書信而送到於相對人時，亦可謂爲達到。若使者遺失書信後，以口頭傳達意思表示之內容時，或値相對人不在及其他之理由，使者作成書面以傳達於相對人時，成爲問題。在第一種情形，其所傳達到者並非所發送之意思表示，應解爲不達到（Titze, Oertmann)。在第二種情形，係以使者爲表示機關以傳達意思表示之內容。其所作成之書面，亦無非基於表意人之意思。若傳達錯誤時，自可依誤傳之規定（八九條）以解決之。

達到主義之結果如次。

（1）意思表示發生效力以前，雖得撤回。而在發生效力以後，則不許撤回。即在達到以後，撤回之通知，當然無效。故撤回之通知須先時或同時達到於相對人方能有效（九五條一項但書）。

（2）達到之遲延及障礙歸於表意人之不利益　如須在一定期間內爲意思表示，因電話之不通，郵政局之遲延，不能於一定期內達到時。縱令其達到之遲延並非由於表意人之過失，表意人亦須受此不達到之不利益。

（3）表意人之死亡或喪失能力　表意人於發通知後死亡或喪失能力，或其行爲能力受限制者，其意思表示不因之失效力（九五條二項）。以達到爲意思表示之完成要件時，則此規定

乃原則之例外。若以送到爲意思表示之發生效力要件時，乃原則當然之結果也。又此規定僅可適用於發信後。如書面已寫完，尚未發送而死亡或喪失能力或其行爲能力受限制時，則不能適用。

發信後表意人喪失權限時，亦應爲同一解釋。如代理人爲代理行爲後即喪失代理權時，其意思表示仍爲有效。破產宣告前破產人所爲之處分行爲，縱令關係於破產財團之財產，亦仍有效（Jager, Oertmann）。

無能力人所爲之意思表示，其達到時，縱令回復能力亦不能當然有效者，亦基於同一理由。

關於向對話人所爲意思表示之發生效力時期，學者有主張採達到主義。即了解狀態已成立時，雖未了解，其意思表示亦應發生效力（Cosack, Eudcmann, Gareis, Hellmann, Jsay, Hoelder, Riezler 等）。如表意人向相對人以言語表示時，相對人掩耳不聞。示以書面時，則閉目不視是。反之。他一派學者，因種種理由，採了解主義（Breit, Oertmann, Crome, Planck, Biermann, Enneccerus）。又有主張在對話人間不能區別達到與了解，在理論上又以相對人之了解爲必要，故法律無規定時，應依了解主義者。此爲日本一般之通說（富井氏鳩山氏）。我民法第九十四條規定，對話人爲意思表示者，其意思表示，以相對人了解時，發生效力。係採了解主義也。但此規定，不能採極端之嚴格解釋。若表示人已盡一己之能事

前成立全部了解可能之狀態，因相對人之故意或怠慢，致妨礙意思表示之發生效力時，應以了解論也。如以言語向聾者或睡眠中之人為意思表示，或以書面向盲者為意思表示，固不能謂為成立了解狀態。若以言語或書面向非聾者盲者之相對人為意思表示，而相對人故意掩耳不開閉目不視時，應解為以了解論也。

如捐助行為遺囑繼承之承認等無相對人意思表示，應於何時發生效力，民法無一般的規定。有主張採達到主義者（Binder）。然非通說。此等行為，若法律無特別規定，應解為於其表示行為完成之時，為其發生效力之時期（Planck, Oertmann, say,）。

所謂默示之意思表示，是否可以適用九五條一項之規定，倘有議論。德國民法第一草案七四條規定以了解為必要。現行德國民法則删去之。

德國學者多以默示之意思表示亦有須向對人表示。故仍可達到（Planck, Oertmann）。日本學者多主張默示之意思表示。不能適用本條。按默示之意思表示，性質上固難區別了解與達到，然能區別者亦復不少。不過其表示方法之性質上，達到與了解在同一時期而已。不應謂為默示之意思表示，不能適用本條也。如默示之了解與達到其時期雖不能各異。然寄回已經消滅之債權證書，寄回收據等之債務免除，清償猶豫之意思表示，以其書面達到時發生效力。故在相對人了解前，達到後，則不能撤回也。

表意人非因自己之過失不知相對人之姓名居所者，得依民事訴訟法公示送達之規定以公

示送達爲意思表示之通知（九七條）。

第五款　意思表示受領能力

意思表示之受領，由客觀的觀察，則爲達到。由主觀的觀察，則爲受領。故意思表示之受領，既非法律行爲，又非意思表示。則其受領能力自不能適用行爲能力之規定。然受領時之了解狀態爲達到之成立要件。故受領者須有了解之能力。此能力稱爲意思表示之受領能力。

受領能力雖不適用行爲能力之規定。然受領能力之有無，大都以行爲能力爲標準。普通有行爲能力之人有受領能力。無行爲能力之人無受領能力。惟限制能力人有受領能力者。有無受領能力者。故向無能力人（未滿七歲之未成年人或禁治產人）或限制能力人爲意思表示者，以其通知達到其法定代理人時發生效力（九六條）。但專取得權利免除義務或依其年齡及身分日常生活所必需之意思表示，滿七歲之未成年人得受領之。故此等意思表示以其了解或達到時，發生效力。又法人依其機關以爲活動。故向法人爲意思表示時，自應以其代表機關之得知與否，決其意思表示發生效力之時期。

第六款　意思表示之方法及解釋

第一、意思表示之方法　通常雖以言語文字爲最適當。但當事人無妨選用此外之方法。如用暗號爲意思　示之類是。單純消極的行爲即緘默，通常固不能認爲意思表示之表示方法

。若當事人以特約定爲意思表示之方法時，則緘默亦可爲意思表示之方法也。

意思表示無論何種方法均可，但法律有時限定意思表示之方法。於此情形，非依其方法不能爲意思表示。法律所限定方法，稱爲方式。要方式之意思表示，稱爲要式的意思表示。不要方式的意思表示，稱爲不要式的意思表示。

近世法律關於意思表示皆以不要式爲原則。要式爲例外。法律所以設例外之理由有二。第一，爲使意思表示明確，以免將來發生爭執。如使必用書面或使用一定文字爲意思表示之類是。第二，強制表意人慎重爲意思表示。如使其於證人前爲意思表示是。

依法律之規定，有使用文字之必要者，得不由本人自寫。但必須本人親自簽名。有用印章代簽名者，其蓋章與簽名有同等之效力，如以指印，十字或其他符號代簽名者，在文件上經二人簽名證明，亦與簽名生同等效力（三條）。關於一宗之數量同時以文字及號碼表示者，其文字與號碼有不符時，如法院不能決定何者爲當事人之原意，應以文字爲準（四條）。關於一定數量以文字或號碼爲數次之表示者，其表示有不符合時，如法院不能決定何者爲當事人之原意，應以最低額爲準（五條）。

第二，意思表示之解釋　解釋意思表示時，應探求當事人之眞意。不得拘泥於所用之辭句（一九八條）。蓋表意人所用之辭句，並不能謂爲表示行爲之全部。此外如身體之舉動，周圍之事情，地方之習慣，商界之常例等，皆足以爲探求當事人之眞意之資料也。

第六節　條件及期限

法律行爲乃私法上之自治行爲。則當事人自得任意以意思表示限制變更其法律行爲之效力。此任意限制中之最重要者，厥爲條件及期限。

學問上稱此任意之限制爲法律行爲之附款(Nebenbestimmung)。附款云者，非謂其存在於法律行爲之外部，而由外部以限制其意思表示之效力。又非因附款有附隨的意義。蓋條件及期限，均爲構成法律行爲一部之意思表示。並非存在於法律行爲之外部者也。當事人往往對附款附以重大的意義，則條件及期限亦非僅有附隨的價值者，乃當然之理。其所以稱爲附款者，不過因其爲當事人所特別附加之約款耳。

民法所規定附款之種類，僅限於條件及期限。此外關於贈與及遺贈之附款，亦有所謂負擔者(Modus, Auflage)，茲無詳加說明之必要。

第一款　條件

第一項　條件之意義

條件(Condicio, Bedingung, Condition)者，使法律行爲效力之發生及消滅，繫於將來且不確定之事實之成就與否之法律行爲的附款也。如汝高等考試及格即給汝金錶之例，前半乃條件是。

(1)條件乃限制法律行爲之效果之發生及消滅也　條件所限制者爲何，當爲德國學者所

界論。有指爲法律行爲之成立。有指爲法律行爲意思。皆非妥當。爲條件所限制者，應解爲係法律行爲之效力。蓋爲附條件行爲之人非已豫見未確定事實之成否，方決定爲意思表示。又非已豫見未確定事實之成否，方爲法律行爲。乃着眼於此事實而決定其爲法律行爲之意思。則未來確定事實之成否，僅能左右已爲之法律行爲之效力而已。此說在德國及日本爲說通，且最適合於當事人意思。我民法之解釋以此說爲當。

茲所謂法律行爲之效果，乃指當事人由法律行爲所欲發生之效果而言。此效果完全被條件之成否所支配。故其效果於條件成就時，方能發生或消滅。然非基於當事人之意思之效果，自不妨於條件成否之決定前發生之。此種效果爲一般附條件的法律行爲所共通者，所謂期待權或附條件的權利是也。

條件有限制法律行爲效果之發生者。有限制其效果之消滅者。前者之條件稱爲停止條件。後者稱爲解除條件。

條件既係限制法律行爲之效果，則法律行爲之成立要件須於附條件的法律行爲成立時決定之，而不能於條件成就時決定之也。如行爲能力意思能力法律行爲之方式，及行爲意思之欠缺及瑕疵之問題，須於附條件的法律行爲成立時決定之。反之。法律行爲之發生效力要件，則須於條件成就之時決定之。

(2)條件乃因將來且不確定之事實之成否而限制法律行爲之效力。換言之。其爲條件內

容之事實之成就與否，須為在法律行為成立當時為客觀的不確定。此乃古來之通說。或謂客觀的其成否業已確定之事實，若為主觀的不確實時，即其確實為當事人所不知時，亦得以之為條件者（梅氏岡松氏Hellmann）。在純粹之法理論上所謂主觀的不確定之事實，非不能以之為條件。然以之為條件時，則不能生客觀的效力不確定之狀態。與附真正條件之法律行為不同。故在立法論上，須將兩者區別，而客觀的不確定之事實方可為條件。至以主觀的不確定之事實為條件時，視為準條件可也。

所謂客觀的不確定者，並非謂依天地自然之法則，未經確定之謂。乃以現代吾人之知識經驗為標準而不能確定之謂也。於決定客觀的不確定之事實時，雖不可以吾人之主觀為標準。然若離開吾人而以絕對的真理為標準時，殊與法律之目的不相調和。如明日之降雨與否，依天地自然之法則，雖可謂已經確定。然吾人尚難確定。故尚可謂未確定之事實。又過去及現在之事實，其發生業已確定。故不能謂為成否未確定之事實。在此意義，能為條件之事實，僅限於將來之事實也。

（3）條件乃法律行為之附款　關於附款之一般的性質，前已說明。條件乃構成附條件的法律行為之一部，而以限制其效果為內容。換言之。並非無條件之意思表示與限制其效果之意思表示之二個意思表示之並存。乃僅有一個較普通稍有變化之意思表示而已。將此一個意思表示分析之，其限制意思表示之部分，稱為條件。此點與關於條件之舉證責任，稍有牽涉

。

條件既爲構成意思表示之一部，則條件須基於當事人之意思。故由法律之規定或法律行爲之性質上當然爲其發生效力之要件者，則不能稱爲條件。所謂法定條件（Condiciojuris, Rechtsbdingung）是也。如受遺贈人於遺囑發生效力前死亡時，其遺贈不生效力（一二〇一條）。故在遺贈人死亡當時，受遺贈人之生存爲遺贈發生效力之法定條件。其他主管官署之許可，爲社團法人設立之法定條件（四六條），登記及交付，爲物權發生變動之法定條件（七五八條七六一條）是。此等法定條件，往往以當事人之意思，使之成爲條件。如遺贈人附以「受遺贈人先死亡時，此遺贈不生效力」之條件，債務人附以「若債權存在」之條件而爲清償。此等條件，雖有條件之外形，然除重述法定條件以外全無意義。且無何等效力也。

又如爲抵銷時，附以「若相對人之債權存在」之條件。債權讓與時，附以「若將來取得債權」之條件。前者雖可認爲無條件之行爲，而與無條件行爲生同一之效果。後者則不能謂無條件之行爲，其所生之效果亦與無條件之行爲異。故有少數學者主張此種行爲爲無效（Eccius）。然「法律行爲之成立須與其發生效力爲同時」之原則（Prinzip der Simultanitat），在近世法律已難承認。苟於爲附條件法律行爲當時，已具備成立要件，且其所附之條件並不違反公序良俗時，縱令該行爲在成立當時不能發生效力，亦不能謂爲無效也。

條件既爲意思表示之一部，故須有意思與表示。若僅有意思而無表示時，自不得稱爲條

件。又爲條件之意思表示須與意思表示之其他部分合爲一體而構成一個意思表示。又條件須與他意思表示之部分同時成立。如先締結無條件之契約，後又締結使其爲條件的消滅之契約時，不能謂附解除條件之法律行爲也。

第二項　條件之種類

(一)停止條件解除條件　此爲法律所規定之區別。停止條件(Condicio Suspensiva, aufschiebende Bedingung, Condition Suspensive, Condition Precedent)者，乃限制法律行爲之效力之發生。即條件成就時，其法律行爲方生效力。如條件不成就，則不生效力。故附停止條件之法律行爲效力發生與否，在不確定狀態。解除條件(Condicio resolutiva, auflosende Bedingung, Condition resoltoire, Condition subsequent)者，乃限制法律行爲之效力之消滅。即法律行爲發生效力後。條件一旦成就時，則該法律行爲即行喪失效力。故附解除條件之法律行爲，一旦發生效力。而其效力之消滅與否，在不確定狀態也。

有主張所謂條件，在理論上並無停止與解除之區別，而所稱爲解除條件，理論上亦不外爲一種停止條件者(Windscheid, Dernburg)。如「汝若不赴美國(條件)則與汝以此土地」一之契約。「若赴美國」之條件，雖爲解除條件。然此法律行爲，理論上乃二個法律行爲，換言之。乃無條件之贈與契約，與停止條件而使其贈與契約之效力歸於消滅之契約之結合云。但此見解，殊與我民法則認停止與解除二種條件之趣旨相反。且在理論上，當事人亦無爲此

二個法律行為之理。而當事人縱有以解除條件之作用為一法律行為，藉此以達二個法律行為之目的之意思，亦不必勉強將其分為二個法律行為也。

（2）積極條件及消極條件　積極條件（Condicio affirmativa, affirmative Bedingung）又稱為有的條件，即條件之成就須有某事實之發生，使現在之狀態與條件成就時之狀態發生差異之條件也。消極條件(Condicio negativa, negative Bedingung)又稱為無的條件，即條件之成就並不之某事實之發生，即以繼續現在之狀態為條件也。前者以某事實之發生為其條件成就之時。後者以其不發生業已確定之時為其條件成就之時。然此兩種區別，既非基於法規，又無特殊之實益。不過從來沿革上認此兩種區別，茲揭之以為定條件成就之意義之標準。

（3）隨意條件偶成條件及混合條件　隨意條件　(Condicio Potestativa, Condition Potestative, Potestativbedingungen)者，條件之成否，依當事人之意思而決定之條件也。由附條件的法律行為依取得權利者之意思而決定者，稱為積極的隨意條件。依負担義務人之意思而決定者，稱為消極的隨意條件。隨意條件又分為普通隨意條件 (Condicion Simplement Potestive)，與純粹隨意條件(Condiaion Puremeut Potestative)。前者其條件之成否固決定於當事人之意思。然其決定不能為純出於當事人之意思表示，須由該意思而成立某種事實。而後者其條件之成否，純粹由當事人之意思以決定者也。如「余若赴上海，則贈汝以金錶」，乃普通隨意條件之例。又如「余高興則為贈與」乃純粹隨意條件也。

偶成條件(Condicio Cosualis)者，條件之成否與當事人之意思無關係而決定之條件也。有時取決於外界的事實。有時取決於第三人之意思。如以降雨吹風爲條件乃前之例。以得父母之同意爲條件，乃後者之例也。

混合條件(Condicio Mixta)者，條件之成否，依當事人一方之意思及第三人之意思而決定之條件也。如「汝若與丙女結婚」之條件是。此種條件之成否，在其非純粹基於當事人之意思一點，與普通隨意條件同。故有主張兩者在理論上無區別之必要者（富井氏）。然關於抵銷撤銷解除等有相對人之單獨行爲，是否可以附以條件之問題，尚有區別此兩種條件之實益。蓋普通隨意條件，雖多少可以被周圍之事情所左右。然大體能決定其條件之成否者，仍爲當事人。故對於意思表示之受領人附以普通隨意條件而爲解除撤銷等意思表示時，尚爲有效。反之。在混合條件，既不能由當事人自已之意思以決定其成否。故附此種條件以爲解除抵銷等意思表示時，不能認爲有效也。

第三項　條件之成否

第一，條件之成就　條件之成就(Condicio existit, accomplishment, Eintritt)者，條件之內容之事實之實現也。在積極條件，其條件之內容之事實發生時，即該事實發生變動時，爲其條件之成就。而在消極條件，其事實已確定其不發生或變動時，爲其條件之成就，如某事實不生變動而經過所定之期間時，固可謂消極條件之成就。然關於變動已否發生或其不發生已

否確定，殊欠一般的決定之標準。如以當事人之行爲爲條件時。當事人雖已爲行爲，而因遭意外事情不能得預期之結果時，通說雖皆謂爲條件之不成就。在條件之解釋上或可謂爲成就。又當事人爲該行爲，第一次業已失敗，固不能謂爲條件之不成就。當事人以後猶可爲該行爲。然由條件之意義言之，殊難如此斷定。總之。條件之解釋，乃法律行爲一部之解釋。故須依法律行爲之解釋方法而解釋之。

第二，條件之不成就　條件之不成就 (Condicio deficit, non-realisation, Nichteintritt, Ausfall) 者，乃條件成就之正反對。卽在積極條件，其內容之事實已確定其不發生。又在消極條件，其不可發生之事實已發生。則爲條件之不成就。

第三，因條件成就而受不利益之當事人，如以不正當行爲，阻其條件之成就者，視爲條件已成就(一〇一條一項)。又因條件成就而受利益之當事人，如以不正當行爲，促其條件之成就者，視爲條件不成就(同條二項)。若無此規定，則阻條件之成就或促條件之成就者，乃侵害附條件之權利，依一〇〇條之規定，應負損害賠償之責。然法律就此種附條件義務之違反，僅以損害賠償責任到底不足以保護當事人。故更爲保護附條件之權利人起見，視其條件已成就或不成就。此規定之要件如次。

（一）因條件成就而受利益或不利益之當事人者，乃爲附條件行爲之當事人。除權利人義務人外，其繼承人亦應包含。如甲於某條件之下向乙遺贈。若該條件已確定不成就，則向丙

遺贈時，丙在此時亦可謂爲因條件成就而受不利之當事人。丙對於甲乙間之遺贈，雖不可爲當事人，但因有同一理由之存在，縱使包含，亦無不可。若將當事人解爲由條件成就所生法律關關之事人（中島氏）。未免稍狹。

（二）由其行爲須生條件成就或不成就之結果。卽無當事人之行爲，則條件或已成就或不成就。故行爲與條件之成就不成就之間，須有因果關係之連絡。若當事人故意爲妨害行爲，而條件之確定不成就與此全無關係時，則不能適用一〇一條之規定。如甲與乙締結贈與二千元之契約，而以乙與丙結婚爲條件。嗣甲或其繼承人向丙誹謗乙，而丙之拒絕與乙結婚，與甲之誹謗全無關係時，則不具備本條之要件。又妨害條件之成就或促條件之成就之行爲，雖須由於當事人之故意。所謂故意不必完全出於當事人之欲望，僅就發生條件不成就或成就之結會有認識卽可。於判斷條件之不成就，固不無多少困難。但因妨害行爲而使條件甚難成就，或於相當期間內成就不能，在一般觀念上皆可認爲不能成就也。

（三）其行爲須爲不正。德國民法（一六二條）所謂違反信義（Wider Treu und Glauben）卽意此也。如甲對乙謂「汝若與丙女結婚，則贈金若干圓」。若甲妨害乙丙間之結婚，固可適用本條。若該條件之成就與否，可由受不利益之當事人之意思決定時，則不能適用本條。蓋其行爲不能謂爲不正故也。如余若與丙女結婚則贈汝若干圓，而余不願與丙女結婚是。

本條「視爲已成就或不成就」。乃做德民一六二條之規定。條件之成就與否，乃法律之

推定，非與相對人以視其條件成就或不成就之權利也。

第三人妨害條件之成就時，則非本條所能包含。其第三人所爲之行爲是否構成侵權行爲，須依第三人侵害附條件之權利，是否構成侵權行爲，以解決之。

第四項　附條件法律行爲之效力

第一、條件成否與確定後之效力

條件成就時，則由於條件之限制即行消滅。即附停止條件之法律行爲，由此時發生效力。附解除條件之法律行爲，由此時喪失效力（九九條）。其效力之發生及消滅，當然爲物權的。且不追溯既往。

（一）條件成就之效果當然發生者，乃謂於條件成就之事實外，並不須何等行爲即可發生效果之謂。即有成就之事實，在當事人方面並不須有何等請求發生效果之行爲，意請求履行之行爲。在停止條件則當然發生效力。在解除條件則當然喪失效力。關於此點，學者上尚無爭執。蓋依九九條之規定當然如此解釋。又解釋當事人之意思表示時，亦無於條件成就之事實外，而更有爲行爲之意思也。但由法律之特別規定，或由當事人之特別意思表示，於條件成就之外，尚須有其他之要件時，自應依該規定或該意思表示。如在附停止條件之遺囑，須具備遺囑之有效要件。當事人若於條件之外，尚定有期限時，則須俟期限之到來。又其所當然發生之效果，須爲行爲之內容所限定者，是不待言。如關於附條件之債權行爲，其條件成

就時所發生之效力，僅有債權行爲之效力，而不能當然生物權的效力也。

（二）條件成就生物權的效力云者，乃謂不僅在當事人間生債權的效力，且無論對於何人皆生條件成就之效力也。如以附解除條件之法律行爲而移轉所有權時，其條件一旦成就，則以前所移轉之所有權當然復歸原主，並無須爲所有權移轉之請求。故占有人若不移轉其標的物時，可依物權的請求權而請求移轉占有。固無須爲所有權移轉之請求也。然附條件法律行爲以物權之得喪變更爲目的時，則須具備民法第七五八條及七六一條之要件。因此條件之成就是能否生物權的效果，在羅馬法之解釋上已有議論。關於解除條件之成就，採債權的效果說者頗不少。然我民法與德國民法相同，應採物權的效果說。此說不僅與法律之趣旨不相抵觸，且最適合於當事人之意思及法律行爲之理論。

（三）條件成就之效果不溯既往，唯由成就之時起向將來發生或消滅法律行爲效力。此稱爲不溯既往之原則，由九九條第三項規定溯及效一點觀察之，則同條一項二項之解釋應採不溯及之原則，自無庸疑，條件成就之效果是否可以追溯既往，在羅馬法之解釋已大有爭論，有溯及說不溯及說與折衷說（關於附停止條件之行爲則不溯及，關於附解除條件之行爲則溯及）三說。法國民法（一一七九條）及法法系之民法大都採溯及說，我民法倣德國民法採不溯及主義。而對於條件成就以前之當事人之利益，則以他之方法保護之（一百條）。蓋由附條件行爲所生之法律效果，由何時發生，自何時消滅，須依法律行爲解釋之原則，並根據當事人

之意思以決定之。在普通當事人之意思所謂於某不確定事實發生時負担債務或移轉權利者，大都有迄此事實發生時止，不生效果之意思。在附解除條件之行爲亦然。此不溯及原則之所以爲正當也。

條件成就生不溯及效之結果，在債權行爲，於條件成就時方得爲債權人。其以前則並非債權人。故於條件成就以前誤爲清償時，則爲非債清償。得以不當得利爲理由而請求返還。又利息債權於條件成就以後方能成立。又在解除條件，迄成就時止，債權仍然成立，非爲自始不成立。故在附解除條件之租賃，於條件成就以前，無須返還租賃標的物。又關於物權或準物權之讓與或變更之行爲，在停止條件，受讓人於條件成就之時方得爲權利人。則由該權利所生之孳息，在條件成就以後方能歸於受讓人。在解除條件於條件成就以前所生之孳息，仍屬於受讓人。成就以後之孳息，方歸於原權利人也。然若貫徹不溯及之結果時，則在停止條件成就以前，讓與人尙爲權利人，得爲種種處分行爲。其處分行爲之效果並不能因條件之成就而喪失。故民法特設一〇〇條之規定以豫防此種結果。我民法上不溯及之原則可謂因此條規定而受巨大之限制也。

不溯及之結果，在附停止條件之法律行爲，於其成立之時雖不具備生效之要件，苟於條件成就時具備，亦可生效，如標的物之存在，標的物之爲融通物，當事人之有權利能力等是。

依當事人之特約，使條件成就之效果，不於條件成就之時發生者，依其特約（九九條三項）。此乃不溯及之例外。蓋條件成就之效果不溯及既往者，係根據普通當事人之意思。若當事人有特別之意思表示，自應從之。

（a）當事人之特約之意思表示乃附條件法律行為之一部，故須與附條件法律行為同時為之，若在附條件法律行為成立以後而為此特約之意思表示時，雖非無效，然不能成立有物權的溯及效之附條件法律行為。唯在當事人間發生有溯及效之債權關係而已。

（b）德國民法（一五九條）規定溯及效之特約僅能發生於當事人間。即雖有溯及效之意思表示，不能發生其意思表示當然之效力。惟在當事人間發生有溯及效之債權關係而已。我民法既未設此規定，自不能為同一解釋。若當事人有使條件成就之效果追溯於條件成就以前之特別意思表示時，自不能不認其法律上之效果。故使債權的行為生溯及效時，則債權自追溯時起成立。自此時起之利息，亦當然歸於債權人。使物權的行為生溯及效時，則權利之移轉於條件成就以前即發生。故自追溯時起之孳息應當然歸屬於權利人。

溯及效之主要效果，乃關於孳息之取得。然如前所述，法律行為之發生效力要件，須於其發生效力時具備。故有溯及效時，亦須於其時期具備也。

關於溯及之時期，法律僅規定「不於條件成就時發生」。若當事人無溯及之特別意思表示，自無問題。若有溯及之意思表示，應解為不能追溯於法律行為成立以前也。

關於條件不成就之效果，無特殊之必要。如附停止條件行爲之條件不成就時，其法律行爲不生效力。附解除條件行爲之條件不成就時，其法律行爲不失效力。

第二、條件成否確定前之效力

條件成否未定中，其法律行爲之能發生效力與否，尚在未確定狀態。則當事人由此法律行爲所期待之權利義務，亦未發生。然條件一旦成就，則法律行爲內容之權利義務之必行發生者，在附條件法律行爲成立當時，已可確定。故因條件成就而應取得權利之當事人，於條件成否未定中，不能不有將來取得權利之希望。若法律未設規定，則此希望不過爲一種事實上之希望或期待耳。故民法設一〇〇條之規定以保護之。使相對人不得爲有損害其利益之行爲，故有權利之性質。此種權利，稱爲附條件之權利。與此相對立之義務，稱爲附條件之義務。

在條件成否未定中，當事人所有之法律關係，是否與權利義務之觀念相當。若係權利義務，是否與本來之權利義務相同。爲相對權抑爲絕對權，在學說上尚爲未定之問題。在德國民法之解釋多視爲一種期待權(Anwartschaftsrecht)(Ennercerus Crome, Dernburg, Biermann, Oertmann)。日本民法之解釋亦多視爲與原來之權利義務不同之權利義務(富井氏梅氏岡松氏中島氏)。附條件法律行爲成立時，其行爲之當事人於條件成就以前，自應有因條件成就而取得權利負担義務之法律上之地位。此法律上之地位，於條件成就以前，應否受法律之保

護，非法律認附條件行爲之成立，所能當然解決之問題。法律亦可一面認附條件之行爲成立。倘一面不將條件成就以前之當事人之地位視爲權利義務而保護之。然由法律所以認附條件行爲之成立之精神言之，寧應於條件成就前保護當事人之法律上之地位使當事人間生一種法律上之拘束爲適當。我民法即採此結論，於條件成否未定中，認當事人之權利義務關係之成立。此本條之所以規定也。此權利之性質並非所有權或債權。乃以不使犯取得所有權或債權之法律上之期待爲內容。故爲財產權之一種。姑採德國學者之主張，命名爲期待權。有期待權性質之權利，有因附條件法律行爲以外之原因而發生者，如繼承開始以前之繼承權，有期待權之性質。又拾得遺失物者，依法律之規定，亦能取得所有權。故亦爲一種期待權。又附停止法律行爲發生效力之期限者，亦足以發生期待權也。

附條件之法律行爲當事人於條件成否未定前，若有損害相對人因條件成就所應得利益之行爲者，負損害賠償之責任（一〇〇條）。本條係由義務方面規定。玆將其內容分述如次。

（1）條件成就時，當事人取得由附條件法律行爲所生之權利。爲使此權利不致有名無實，故須認次之效力。

（2）相對人因過失以事實行爲損害附條件權利人所應得之利益時，發生損害賠償之請求權。如爲附停止條件之讓與契約以後，而毀損其物時，又於爲附停止條件之債權契約後，因歸責於債務人之事由而成爲履行不能時是。若此種損害之發生非基於當事人之過失時，則

無損害賠償之義務。關於此點，我民法雖未做德國民法（一六〇條）設有過失之明文。然無過失則無責任，乃普通之原則。此時亦不能獨異也。

（3）當事人為法律上之處分，因以妨害附條件權利人所應得之利益時，或發生損害賠償請求權。或其處分無效。

為附條件的債權行為之後，當事人將其標的物為他種處分時，其處分行為本身並非無效。僅能發生損害賠償請求權。蓋在無條件之債權行為，債務人於履行以前處分其債權之標的物時，亦為有效故也。

當事人為附條件的處分行為之後，更將其標的物為他種處分時，後之處分行為應解為無效。關於此點，德國民法（一六一條）有明文規定。我民法雖無明文，亦應為同一解釋。但此點所受限制甚巨。實際上能成為無效之時甚少。大都祇能要求損害賠償也。第一之限制，乃七五八條七六一條之規定。蓋有附條件之權利人不能有較無條件權利更優之權利故也。第二之限制乃取得時效之規定。若處分行為之相對人已具備取得時效之要件而占有其標的物時，即依法取得權利。無須返還也。

基於條件之權利之侵害而生之損害賠償請求權，及處分行為無效之效果，須俟其條件成就時方能發生。關於此點，雖律無明文。但條件不成就時，其附條件之法律行為，既不能生何等效果。則上述之損害償賠請求權及處分無效之效果，自不能發生。故此效果之能發生與

否．亦繫於條件之能成就與否也。

第三人破壞附條件法律行為之標的物，或侵害附條件行為之權利人因條件成就所應受之利益時，能否構成侵權行為。在德國民法之解釋，多數學者皆認為可以構成侵權行為（Dernburg, Planck, Enneccerus, Oertmann）。然第三人侵害債權，既能構成侵權行為。則第三人侵害附條件之權利，亦可構成侵權行為，而發生損害賠償請求權也。

第三，舉證責任

關於附條件法律行為之舉證責任，從來頗有議論。若原告基於無條件之法律行為而為請求，而被告主張為有條件的法律行為，對於原告之請求加以否認時，成為問題。舉證責任應否由原告負擔抑由被告負擔，須分別附停止條件法律行為與附解除條件法律行為論之。

（一）在附停止條件法律行為，其舉證責任通說謂由原告負擔（Windscheid, Enneccerus）。然不無反對說（Fitting, Staub, Oertmann）。其所主張之理由謂無條件行為為普通，有條件行為為例外。又謂當事人普通先為無條件之行為，而後為有條件之限制之行為。此種理論，殊難謂為妥當。故反對說之勢力不足以與通說相拮抗。通說謂附條件行為乃單一之行為。並非當事人先使行為發生效果，然後加以限制。故被告所為有條件行為之主張，乃請求之否認。但當事人先為無條件之行為而後為別個行為以限制其效力時，其各個行為之主張人須負證明之責。唯此種行為不得稱為一個附停止條件之法律行為耳。

（二）在附解除條件之法律行爲，其舉證責任，通說謂應由被告負担。德國民法第一草案（一九六條）雖曾規定原告負舉證責任。但德國現行民法不採用之。學者亦不從此見解。至被告負舉證責任之理由則有二說。以解除條件爲從的意思表示之學者，則主張從的意思表示之當事人應負舉證責任(Windscheid)。以解除條件爲單一的意思表示之學者不採此見解。謂主張附有解除條件者，並非否認法律行爲在條件成就以前所發生之發力。乃主張條件成就以後之效力之喪失。自不能謂爲請求之否認。故須證明其喪失效力之原因之事實(Standinger Riezler)。後之見解爲正當。

關於條件之成就，則主張因成就而發生法律效果之人負舉證責任。

第五項　附假裝條件之法律行爲

假裝條件(Scheinbedingungen, uneigentliche Bedingungen)者，其外形雖似條件，而實質上不具備條件之性質者也。因其與條件之性質不同，而有次之區別。

(1)既定條件　既定條件(Condicio in praesens vel in praeteritum collata)者，條件之成就或不成就，在法律行爲當時，業已確定之條件也。因其缺乏成否未確定之要件，故不生法律行爲之效力未確定之狀態，是以非適當意義之所謂條件也。

以將來之事實，但在法律行爲當時已可確定其將來必發生之事實爲內容之條件，有稱之爲必成條件(Condio Necessaria)者。但此種條件乃期限而非條件也。

附既定條件之法律行爲之效力若何，我民法雖無規定。其以既定條件爲停止條件者，其條件若已成就，應解爲無條件。若不成就，其法律行爲應解爲無效。又以之爲解除條件時，則應爲正反對之解釋。即已成就時，其法律行爲爲無效，不成就時，乃無條件。條件之成就不成就在法律行爲之當時雖已確定，倘爲當事人所不知者，其行爲之效力若何。但此種客觀的業已確定唯主觀的不確定之條件，與眞正之條件不同。不能置法律行爲之效力於不確定狀態。自不應視爲附條件之法律行爲也。

(2)不法條件　不法條件（Condicio turpis. Condition immorale ou illicite, unerlaubte, oder unsittliche Bedingung）者，使法律行爲之全部有不法性質之條件也。至不法條件之意義若何，解釋上不無議論。或以爲條件內容之事實之不法爲不法條件者（中島氏三瀦氏）。然爲條件內容之事實縱爲不法，若不能使法律行爲之內容爲不法時，亦不能使其法律行爲爲無效，故不法條件者，須以使其法律行爲之全部有不法之性質爲必要也。

附不法條件之法律行爲，解釋上當然無效，固無待明文規定也。蓋條件乃法律行爲之一部，與法律行爲合爲一體。且不法條件足以使法律行爲之全部帶不法之性質。故不僅須使其條件無效。且須使其法律行爲全部無效也。

不爲違法行爲之條件是否爲不法條件，在我民法之解釋上不無疑問。若以不爲違法行爲爲條件而使其蒙損失時，勢必獎勵違法行爲，此種條件足以使法律行爲帶不法之法質。若以

不爲違法行爲爲條件而使其受利益時，即以取得報酬，方不爲違法行爲時，亦殊違反善良風俗。此等條件不問其爲停止條件或解除條件，皆足以使法律行爲帶不法之性質而爲無效。

（3）不能條件　不能條件(Condicio impossibilis, Condition impossible, unmogliche Bedingung)者，以客觀的不能之事項爲內容之條件也。日民一三三條規定，以不能條件爲停止條件時，則法律行爲爲無效。爲解除條件時，則爲無條件之法律行爲。我民法雖無規定，亦當然應爲同一解釋。決定是否不能之標準，須根據於法律行爲成立當時之吾人之知識經驗。例如在未發明飛行機以前，若以空中飛行爲條件，則爲不能條件。而在今日則已成爲可能條件矣。故其決定之時期，不能以裁判當時爲標準。須以行爲成立之當時爲標準也。

不能之爲有的不能，抑爲無的不能，其間並無差異，所謂有的不能者，以有的條件，即以某事實之發生爲內容之條件，而其發生不能之謂也。無的條件者，以無的條件，即以某事實之不發生爲內容之條件，而其事實之必發生，換言之，即不能不發生之謂也。此無的不能，與以某事實之不發生爲內容之條件，其事實之一定不發生者。不可混同。後者非不能條件，乃其成就之業已確定之必成條件也。

（4）法定條件　法定條件(Condicio juris, Rechtsbedingung)者，依法律之規定而爲法律行爲之發生效力要件之事實也。因其缺乏任意限制之要件，故非適當意義之所謂條件也。法定條件得別爲二，其一，法律將法律行爲之效力，繫之於將來且不確實事實之成否。

如遺贈之效力，以在遺囑人死亡當時，受遺贈人之生存爲條件是也。其二，在法律行爲當時，以其事實之存在爲法律行爲之發生效力要件。如讓與債權以債權之存在爲要件。擔保物權之設定以債權之存在爲條件是也。在前者，當事人雖爲以該事實爲條件之意思表示，亦不過重述法定條件，並無何等意義。而在後者，如當事人表示須以其事實之發生爲法律行爲之發生效力要件時，則與法定條件不同。其當事人之意思表示足以左右法律行爲之將來的事實。則不能不謂爲適當意義之條件也。

附法定條件之法律行爲亦能發生效力不確定之狀態者，與附條件之法律行爲同。於是於其成否未定前，是否能認附條件之權利義務，成爲問題。上述第二意義之所謂法定條件，若當事人表示以之爲條件時，則成爲適當意義之條件。自應適用一〇〇條及一〇一條之規定。在第一意義之法定條件，法典雖無規定。其效力不確定之狀態之發生，雖由於法律之規定。然不能與由當事人之意思表示而發生者受不同之待遇。故此時亦應類推適用一〇〇條及一〇一條之規定也。

第六項　條件之許可

近代法律一般皆認許法律行爲得附條件。在往昔羅馬法，因當附法律關係崇尚簡明。務使法律行爲成立之時即爲其效力發生之時。而不許法律行爲附以條件，致使二者之間發生時間之差異。嗣後迫於必要，亦行許可矣。關於此點，我民法雖未以明文認此原則。由總則第

四節規定條件一點觀察之，不能不認爲法律許可一般法律行爲得附以條件之趣旨也。許可條件之利益，雖非數言所能說明盡致。總之，第一，有顧慮將來之事實而整理法律關係之利益。第二，不負擔義務而爲某行爲之利益，即 Ihering 氏所謂「不被將來所支配而能支配將來」之語，殊可謂爲簡而扼要也。

然由法律行爲之性質上有不許附以條件者。學者稱此種行爲爲不適於附條件之法律行爲（Bedingungsfeindliche Rechtsgeschafte）Bruck 氏就此點有精密之研究。頗爲學者所推崇（E F. Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschafte 1904）。我民法以明文規定不許附條件之處甚少，故此點有研究之必要。茲別爲二種以說明之。

（1）公益上之不許可　法律行爲中有附以條件時，殊違公序良俗或強行法規者，如婚姻，離婚，私生子之認知是。蓋夫婦關係父子關係之成立及解除，與國民道德有直接關係。其關係之存否不可不明瞭者，乃公益之要求。我民法雖未設明文，而由七二條之適用上，以上之行爲若附以條件時，則不能不認爲無效也。如繼承之承認及拋棄，亦因同一理由，不許附以條件。蓋對於第三人之關係，不許成立不確定狀態也。

（2）私益上之不許可　法律行爲中有附以條件時，直接有害於私人之利益，因此而違反公序良俗者。此稱爲私益上之不許可。多主張要相對人受領之單獨行爲，原則上不許附以條件或期限。至其主張之理由，則不一致。或謂此種行爲之性質上不許附以條件。或謂此種

行爲爲一方的行爲，故不許附以條件。或以使相對人蒙經濟上之不利益爲理由（Bruck）。

吾人之所以受法律上之拘束者，原則上或由於法律之規定。或由於自己之意思表示。在有相對人之單獨行爲，其有拘束相對人之效力，並非出於此二種原因。乃不問自己之意思如何，單以他人之意思表示而受法律上之拘束。故可謂爲此原則之例外。如相對人由撤銷解除等行爲而受拘束是。苟法律無特別規定，此種單獨行爲人，祇能有爲行爲與不爲行爲之二途。若附以條件而以不確定之效力拘束相對人時，則相對人所受之不利益將較單純之單獨行爲更大。殊與法律之所以認單獨行爲之效力之目的相背馳。換言之。附條件之法律行爲，生不確定之效力，此不確定之效力，足以影響於當事人及第三人之利益。若以契約成立此種關係時，固無不可。若以一方的意思表示成立此種關係，甚足以影響於相對人之經濟上之利益，且法律使當事人得以單獨行爲而決定法律關係者，乃特爲保護行爲人而犧牲相對人之利益，故不許更附條件而使相對人受法外之損失也。

根據以上理由，拘束相對人之單獨行爲，應解爲原則上不許附以條件。民法關於抵銷不許附條件者（三三五條），蓋卽此意。至抵銷以外之單獨行爲，如契約之解除（二五八條）意思表示之撤銷（八八條）承認（一七九條）買回（三七九條）選擇債務（二〇九條）等亦不可不爲同樣之解釋。然由條件之性質，行爲之性質及相對人之意思表示，則有次之三種限制。

（1）不使相對人受不利益之條件，無不許可之理。所謂相對人之隨意條件屬

之。如「汝於二日內不謝罪時，則以欺詐爲理由而撤銷意思表示」之條件，撤銷之效力發生與否，可由意思表示之相對人自己決定之。故相對人不受效力不確定之不利益（Eruck, Enneccerus, Biermann）。但抵銷明文上不許附條件，故不能如此解釋。

（2）於相對人有利益之單獨行爲，如債務之免除及其他一般權利之拋棄行爲，縱附以條件，亦無不可（Bruck 等）。

（3）相對人對於所附之條件表示同意時亦然。蓋因公益上之理由而不許附條件時，縱令得相對人之同意，亦不許附條件。若由保護相對人之理由而禁止附條件時，則相對人之同意，自有解除禁止之效力也。

就不許附條件之法律行爲而附以條件時，其效力若何。有謂惹起法律行爲之一部無效。其一部無效對於法律行爲全部之影響，須依法律行爲一部無效之法理而解決之（Staudinger-Riezler）。有謂法律行爲之全部當然無效（Enneccerus, Riermann）。由附條件法律行爲之性質上，以後說爲當。

準法律行爲不許附以條件。蓋條件係以當事人之意思限制法律行爲之效力。故非依當事人之意思以發生法律效果之行爲，則不能以當事人之意思以限制其效果。如觀念通知，債權讓與之通知等，縱許附以條件，亦毫無意義。感情表示之恕宥附以條件時，作爲權利之條件的拋棄雖爲有效，但恕宥則當爲無效。又意思通知之催告雖與意思有關係。然不能使非基於

當事人之意思所發生之法律效果繫之於條件。如債務人之遲延，時效中斷等法律效果，僅可由催告發生。而附條件的催告則不能生此種效果。有主張催告為意思表示者。然由有相對人之單獨行為一般不許附條件之理由論之，事實上亦生同一結果。

德國民法（九二五條）規定不動產所有權之讓與行為不許附以條件或期限。羅馬法則因所有權有永久之性質，禁止附終期。然一般並非不許附條件或限期。如在當時不許附終期，但得附解除條件也（Pruck）。德國民法之規定，雖不以所有權之永久性為理由，然為期不動產登記簿之真確起見，不使其所登記事項之效力為登記以外之事實所左右。我民法之登記主義，雖採諸德民。然無禁止附條件之明文，自不能為同一解釋。

第二款　期限

期限（Dies, terme, Termin, Zeitbestimmung）者，將法律行為之效力之發生及消滅，繫之於將來且確實之事實之發生之法律行為的附款也。如自明年一月一日起，租賃此房屋。年末赴京時。支付價金。或以今後九十九年為期，而設定地上權之類是也。其性質如次。

（１）期限法律行為之效力之發生及消滅　何者為期限所限制，學者間議論不一。或以為法律行為之效力之實行及消滅（法民一一八五條Planiol, Savigny）學者間與條件相同，乃法律行為之效力之發生及消滅（Unger）。或主張應分債權的行為與物權的行為及準物權的行為，在前者乃法律行為之效力之實行即債務之履行。在後者乃效力之發生及消滅（Rege-

Isberger）。德國民法關於始期及終期，準用停止條件與解除條件之規定，故學者大都採第二說或第三說。我民法一〇二條規定附始期之法律行為，於期限屆至時，發生效力。附終期之法律行為，於期限屆滿時，失其效力。則在我民法之解釋，期限所限制者，乃法律行為之效力之發生及消滅　應採第二說則無庸疑。

（2.）以將來確實發生之事實為內容　在以將來發生之事實限制法律行為之效力一點，條件與期限相同。唯其事實之發生及法律行為之發生效力在當初即可確定一點，乃期限之特色，而與條件不同者也。其到來不僅確實，其到來之時期亦可確定者，稱為確定期限（Dies-certus an certus quando）。其到來雖屬確實，但其到來之時期不能確定者，稱為不確定期限（dies certus an incertus quando）如以死亡為期，乃後者之例也。

以將來到來與否不確實之事實為期限時，其外形雖似期限，實乃條件。如「於汝結婚之日贈汝以金錢」是。若以不確實的事實之發生，或以確定其不發生為期限時，因二者中一事實之發生尚屬確實。故仍不失為期限。如「赴京之時支付價金」之例，若為赴京則支付價金，否則不支付之意時，固為條件，而非期限。若為赴京，則於其時支付價金，若不赴京，則於不赴京確定時，支付價金之意時，仍為期限也。

（3）期限為法律行為之附款　此點與條件同。

第二項　期限之種類

（1）始期及終期　始期（dies a quo, terme suspensif, terme initial, Anfangstermin）者，迄其到來而停止法律行爲之效力之發生者也。終期（Dies adquem, terme final, Endtermin）者，因其到來，而消滅法律行爲之效力者也。

（2）確定期限及不確定期限　確定期限（Dies Certuse terme certain, gewisse Zeitbestimmung）者，不僅期限之事實之發生可以確定，且其發生之時期，亦能確定之期限也。不確定期限（Dies incertus, terme incertain ungewisse Zeitbestimmung）者，其事實之發生雖可確定，但其發生之時，尙不確定之期限也。

第二項　期限之屆至（即到來）

期限之屆至者，期限之內容之事實發生之謂。以歷日所定之期限，則其日之到來，爲期限之屆至。以期間所定之期限，則依一二一條以下之期間計算法，於其末日之滿了，爲期限之屆至。又以一定事實之發生所定之期限，則於其事實發生時，爲期限之屆至。

第三項　附期限之法律行爲之效力

第一，期限屆至後之效力

期限屆至時，則所附於法律行爲之限制即行解除。即附始期之法律行爲，則依其期限之內容，或發生效力，或得請求債務之履行。又附終期之法律行爲，則喪失效力（一〇二條一項二項）。

因期限之屆至所生之法律效果，與條件之成就同。而絕對的不生溯及效一點，則與條件之成就異。蓋因期限之屆至而與以溯及效時，殊與附期限之本意相矛盾也。

第二，期限屆至前之效力

期限之屆至得行確定，故不生法律行為之效力不確定之狀態。此與附條件法律行為相異之點也。

關於期限屆至前之法律行為之效力，法律未設規定。所謂附條件法律行為，尚能生附條件之權利義務。則對於附期限之法律行為，亦須認附期限之權利義務也。茲分述於次。

(1)附始期之法律行為　在附始期之法律行為，其期限屆至前，由法律行為所生之權利義務即債權債務，業已成立。故其權利不得侵害。故民法一〇二條三項規定準用一〇〇條，蓋為保護附期限之權利人也。

(2)在附終期之法律行為，則於終期屆前，回復權利人，亦有期待權。

第四項　期限之許可

法律行為原則上得附期限。而因特殊理由，亦有不許附期限之法律行為，即不適於附期限之法律行為。與條件之許可所述相同。然條件能使法律行為發生效力不確定之狀態，期限則否。其間自不能不有多少之差異。如關於私益上之不許可，雖大體與條件相同。然須區別確定期限與不確定期限。蓋在有相對人之單獨行為不許附以條件者，乃因生不確定的法律關

係致使相對人受經濟上之大不益利故也。而在期限，其效力之發生在當初即可確定，故不能適用關於條件所述之原則。唯在不確定期限，其期限何時屆至，相對人甚難預知。附此種期限亦足使相對人蒙最大之不利。故仍不許附焉。

有因效力發生之時期與確定效力之發生時期不同，而致法律行爲之性質上有矛盾者，則不許附以期限。此乃期限之特殊不許可，如法律行爲之撤銷承認等行爲是。例如以明年一月一日爲始期而生撤銷或承認之效果，則法律行爲於此期限之屆滿以前，尚不能不認得撤銷行爲之存續，殊與此等法律行爲之性質相反。反之。如租賃委任等之解約聲明，迄期限屆滿時止，尚可認從來法律關係之存續。並不與將來當然喪失效力之性質相矛盾，亦可有效。

有主張所有權具有永久之性質，不得附以終期者。然以附終期之法律行爲而讓與所有權時，則終期之屆至，不過消滅讓與行爲之效力。並非消滅所有權。故附終期之所有權之讓與，並非無效也。

第七節　代理

第一款　總論

代理（Stellvertretung, Representation）者，爲他人（本人）對第三人爲意思表示，或由第三人受領意思表示，而使其意思表示之利益或不利益，均直接歸於本人之謂也（一〇三條）。如甲表示爲乙與丙締結契約時，乙丙間之法律關係，係由於代理之法律關係。甲爲代理人

，乙爲本人。丙爲第三人。茲說明代理之性質如次：

(1)爲意思表示或受領意思表示者，乃代理人　輔助他人之意思表示之方法有種種。有僅傳達他人之意思之使者。又有將他人之口頭的意思表示寫之於書面之書記，或通譯。此等人不過將他人之意思表示傳達於相對人，僅爲表示之輔助。又汎稱之爲使者，與代理不同。所謂代理係自己爲意思表示，而使自己之意思表示之效果歸於本人也。然代理人之意思表示何故直接對於本人生效力？關於此理論之說明，嘗爲德國學者所爭論。略舉於左。

(A)本人行爲說　謂代理人係基於本人之授權行爲而爲意思表示。則代理人所爲之意思表示，畢竟爲本人之意思表示。既爲本人之意思表示，自應對本人發生效力。採此說者之中，又有主張事實上爲本人之意思表示者。有主張在法律上擬制的爲本人之意思表示者。總之。此說係拘泥於意思表示僅能拘束表意人之羅馬法之原則。此理論不僅不能說明法定代理。且依此理論，代理人所爲之意思表示之瑕疵，不能就代理人決之，殊生不當之結果。此說爲德國 Savigny 所首唱。現在法國尚稱通說。而在德國其勢力已墜地矣。

(B)共同行爲說　係德人 Mitteis 所唱。此說將代理之法律行爲之意思分而爲二，謂一部份係由本人之授權行爲表示之，他一部份由代理人表示之。此兩部份相合而成立共同代理行爲。Dernburg 亦採此說。在意定代理，其代理行爲之基礎，固基於委任人之意思。然此意思僅可成立代理權，而不能構成代理行爲之意思。然苟有代理權，縱無此意思，固亦可成

立代理行爲。如法定代理是。故以授權行爲而爲代理人之意思表示之構成分子者，誤也。

Thol主張授權行爲與代理人之意思表示雙方皆爲代理行爲之要素。此點雖與共同行爲說相類似。又其主張此兩者並非相合而爲一意思表示。乃相對人與代理人間，相對人與本人間成立兩個契約關係，即代理行爲之成立，係由於三面契約 (Dreiseitiger Vertrag) 者，此點雖與共同行爲說不同。然亦有同一缺點。

(C)代表說 (Reprasentationstheorie) 又稱爲代理人行爲說。乃Ihierng及其他有力學者所主張 (Enneccerus, Hupka etc.)。謂爲意思表示者乃代理人，受其法律效果者乃本人，爲意思表示之當事人與受法律效果之當事人縱非同一人，亦不能謂爲違反法理云。在普通之法律行爲，當事人有就自己成立私法的法律關係之行爲意思，法律即認當事人之意思而發生其所希望之法律效果。在代理行爲，當事人有就本人成立私法的法律關係之意思，法律即使其法律效果對本人發生者，在理論上毫不足怪也。蓋法律效果之發生與否，法律自有權衡。所謂爲意思表示之人須受其意思表示之效果者，並非先天的原則。法律自得將爲意思表示之人與受法律效果之人分離也。我民法及德國民法唯採此說方能解釋代理之規定。此說又稱爲本人效力歸屬說。

爲意思表示或受領意思表示者，乃代理人。若代理人之意思表示因其意思欠缺，被欺詐，被脅迫，或明知其事情或可得而知其事情，致其效力受影響時。其事實之有無，應就代理

人決之（一〇五條前段）。所謂意思之欠缺，即就意思表示無行爲意思之謂。如非眞意之意思表示（八六條），與相對人通謀所爲之虛僞的意思表示（八七條），及由於錯誤之意思表示（八八條）等是。此等事實，應就代理人決之。即代理人陷於錯誤而爲意思表示時，適用八八條之規定。代理人爲眞意保留時，適用八六條之規定。此乃採代表說當然之結果也。但關於錯誤一點，不無反對說。有謂錯誤是否重大，須以表意人所有利益之大小爲標準。而利益之大小，僅能就受意思表示之效果之當事人決之。故在代理，須就本人決之云（Hupka）。此說雖不無相當理由，然非通說。在我民法之解釋上不能採用。

意思能力之存否　亦爲意思之欠缺之問題。故須就代理人之決之。蓋代理人雖不須有行爲能力（一〇四條），然不可不有意思能力也。

代理人被欺詐被脅迫時，得撤銷其意思表示（九二條）。此撤銷權，究屬於何人，則非一〇五條所規定，然由意思表示發生撤銷權與否，殊與法律效果有重大關係。解釋上本人亦應有撤銷權也。

本人被欺詐或被脅迫而委任代理人時，本人自得撤銷其委任契約，但代理人所爲之意思表示既無瑕疵，則不能撤銷也，不過本人撤銷委任契約之結果，足以使代理人之行爲爲無權代理行爲耳。

意思表示之效力，往往因明知某事情或因過失不知而受影響。如非眞意之意思表　，因

相對人明知其事實與否，效力不同（八六條）。第三人行欺詐之效果，因相對人之知否而異（九二條）。所謂由於詐害行爲之廢罷訴權，以債務人於履行時，受益人於受益時明知有害於債權人者爲限（二四四條）。其他屬於此類之規定尙多（一〇七條一七一條一六五條三五一條三五五條）。在以上各種情形其事實之知否，或其不知是否由於過失，應就代理人決之。按此問題與意思之欠缺及瑕疵不同，並非採代表說即可解決之問題。蓋事情之知否並非行爲意思之內容。不過一種附帶的事實而已。且區別善意與惡意，過失與無過失者，乃爲期當事人利益之正當保護。故有主張在代理關係，卽成立意思表示之當事人與受其法律效果之當事人不同時，此種事實應就本人決之者（Hupka）。然我民法不採此理論。規定此種事實應就代理人決之。蓋決定善意惡意之時期，乃意思表示之當時。而此時爲意思表示者，乃代理人故也。但在立法論上，若本人爲惡意時，則法律殊無特予保護之必要。似以設除外例爲當。

或謂僅代理人陷於錯誤而本人未陷於錯誤時，卽本人偶然知其事實時，如代理人作爲金杯買進之物而本人偶然知其爲鍍金杯時，主張不能撤銷者（Goldmann, Rehbein）。此論在立法論上固不無多少理由。然在解釋論，則明爲錯誤。此時本人就自己已知之事情亦得主張代理人之不知也。

對於上述之原則，有一例外。卽代理人之代理權係以法律行爲授者，與其意思表示如依

照本人所指示之意思而爲之時，其事實之有無，應就本人決之（一〇五條但書）。本條但書所能適用之範圍，僅限於意定代理。而法定代理則不適用之。但無能力人委任法定代理人爲特定行爲時，是否可以適用本條但書，在德國民法之解釋上甚有議論。有主張不適用於法定代理者(Cosack)。有主張無能力人須負授權行爲上之責任，故有回復原狀之義務者（Goldmann-Lilienthal）。又有主張此時無能力人委任特定行爲而法定代理人加以承諾者，乃係同意於無能力人之授權行爲。此時法定代理與意定代理兩種關係皆行存在，故應受本條但書之適用者（Oertmann）。以後說爲當。蓋法定代理成立以後，關於其代理權範圍內之事項，自不妨成立契約關係。不過此時無能力人須有意思能力耳。

本人須對於代理人所爲之代理行爲有特定指示。此特定指示時僅限於特定代理。至授與一般代理權後，而對於其權限內之某法律行爲加以指示時，亦然。若有此種情形，則本人就自己已知之事情，不能主張代理人之不知。就自己因過失而不知之事情不能主張代理人之無過失。如本人指示代理人承諾特定要約，而知其要約爲非眞意的意思表示時，縱令代理人不知其非眞意，亦應受八六條但書之適用。又此例外乃於代理人爲善意無過失時以限制本人所能主張之權利。僅本人之善意無過失尚猶未足。換言之。本人就特定法律行爲有指示時，除代理人之善意無過失外，尚須有本人之善意無過失，方能主張之。

係於欺詐脅迫不能適用此例外規定者，條文上甚爲明瞭。然關於意思之欠缺，則爲疑問

。德國學者多採積極說（Planck, Crome, Helmaun, Oertmann 對反 Goldmann Lilienthal, Riezler）。日本學者多採消極論（富井氏）。由就例外規定須為狹義的解釋之原則言之，日本多數說殊屬正當。然意思之欠缺，多由於對於某事情之不知而發生。在此範圍，若本人知其事情時，應解為不得主張代理人之錯誤也。如本人知為偽物而命代理人購買該物時，縱令代理人信為真物，本人亦不得以錯誤為理由而主張撤銷也。

（2）代理僅限於意思表示　代理乃代本人為意思表示或受領意思表示，前者，為積極代理（aktivest.）　後者，為消極代理（Passivest.）

法律之所以分別為意思表示之人與受法律效果之人者，無非認代理人之意思（為本人）之效力。故非意思表示，不能成立代理關係。若法律對於事實關係之成立而規定法律效果時，其效果之發生乃以事實關係之外形之成立為根據，並非依當事人之意思而定其法律效果之歸屬。故就事實關係，不能成立代理也。再一〇三條至一〇五條之法律規定，皆係關於代理人之意思表示，亦可知代理僅限於意思表示也。

有謂代理須限於法律行為者（平沼氏），雖大體不誤，然不甚精確。如契約之要約，雖為意思表示，然不能稱為法律行為。而要約之代理，亦能有效故也。

（3）直接對本人發生效力　為意思表示及受領意思表示者，雖為代理人。然一切法律效果，皆歸屬於本人。此乃代理之本體也。以自己之意思為他人為法律行為之方法有二。其

一，自己爲法律行爲之當事人，自己先爲受其行爲之法律效果之權利人或義務人。而後將其效果移轉於本人。其二、使本人直接爲法律行爲之當事人，即使本人直接受其行爲之法律效果而爲權利人或義務人。前者學說上稱爲間接代理。後者稱爲直接代理。茲所述者，僅限於直接代理也。

本人直接受法律效果之反面，代理人當然不受代理行爲之效果。此點又可爲代理與爲第三人之契約相區別（二六八條以下）。在後者，第三人之權利不能當然與契約同時發生。而契約當事人有時自爲權利人也。

本人直接受此法律效果之結果，則本人須有受該效果之資格。即須有一般權利能力與特別權利能力。故不能爲未出生之人及尚未成立之法人爲代理行爲。又關於外國人所不能享有之權利，縱令用內國人爲代理，亦不能取得其權利也。

不僅由意思表示或法律行爲所生之效果，直接歸於本人，其非法律行爲的效果，亦直接歸於本人。如代理人被欺詐被脅迫而爲意思表示時，本人有撤銷權。反之。侵權行爲上之責任，不能謂爲意思表示或法律行爲之效果。則本人自不能對於代理人之侵權行爲，亦負責任也。

（4）代理人須以本人名義而爲意思表示　蓋法律使法律效果直接歸於本人者，乃基於行爲人之慾望。此意思乃效果意思之一部。故餘依意思表示之通則表示之。使相對人得知何

人受此法律效果也。

代理人以本人名義（im Namen des Prinzipals）爲代理行爲時，須將本人名義表示之。關於代理之要件，從來有二主義。其一須表示本人名義。其二則不須表示。我民法採第一主義，稱爲顯名主義（offenheitsprinzip），諸外國民法一般採用之。其表示方法，雖通常稱爲「某人之代理人某」。但不必一定明示。如能使相對人知其爲本人之代理人即可。若行爲人以固有之資格所爲之行爲，縱令其效果及於本人，亦非代理行爲。如留置權人，抵押權人爲處分其質物或抵押物之行爲，不能謂爲代理行爲也。

以上所述者，主爲代爲人自己爲意思表示，即係關於積極代理。然在消極代理即代理人受領意思表示時，是否須表示爲本人受領意思表示之意思，或第三人對於代理人爲意思表示時，是否須表示係對於本人之意思，民法一〇三條第二項規定「於應向本人爲意思表示，而向其代理人爲之者，準用前項之規定」，故解釋上不無疑問。然應採後說。蓋意思表示之受領人於其受領之際，通常不爲何等意思表示。又在法律上亦不須爲何等意思表示。縱令此時代理人表示爲本之意思，其表表亦不能構成意思表示之內容。故第三人向代理人爲意思表示時，須表示係對於本人之意思也（Oertmann）。

往日羅馬因社會上甚乏代理之需要，故法律上無代理之規定。迨羅馬末葉，方認許二三行爲之代理。然在近世，社會關係日趨複雜。一般交易，亦日尙敏捷。故變此例外而爲原則

。除須以本人之意思表示爲必要之特殊行爲外，一般皆認代理之成立。不許代理之行爲，稱爲不適於代理之行爲。如婚姻離婚等之親屬法上之行爲，及繼承之承諾及拋棄等繼承法上之行爲，特以本人之意思表示爲必要，故不許代理。

茲爲明瞭代理之性質起見，略述與代理相類似而實非代理者如次。

(1)代理與代表　代理乃爲構成法律行爲之意思表示及受領意思表示。而代表就法律行爲以外之行爲亦可成立。如法人之董事編造財產目錄及社員名簿（民總施行法第八條）等行爲，雖非法律行爲，尚得視爲法人之行爲。又兩者之效果及範圍，亦有差異。

(2)使者　所謂使者（Bote, nuntius）乃傳達意思表示之人或表示他人之意思之人也。使者可爲二種之分類。其一，乃將已完成之表意人之意思表示傳達於相對人者。如送達書信之使者是。此種使者，與代理人不生交涉。其二，乃表示表意人之意思表示於他人者。此種使者自己擔任表示行爲，因此行爲以完成意思表示。故與前者不同，頗與代理相類似，往往甚難區別。

代理與使者之性質上之差異，乃前者係代理人自爲意思表示而後者則爲傳達他人之意思。故有以意思之代理（Stellvertretung im Willen）與表示之代理（Stellvertretung in der Erklä-arung）以爲兩者之區別者。雖不能謂爲誤謬。然代理一語用之於後者，殊未見其妥當，蓋以此而爲代理與使者之區別，在理論上雖極明白，然實際上使者所表示之意思，是否爲其自

己之意思，抑為他人之意思，頗難識別。關於其識別之標準，學說亦未能一致。總之。使者所表示之意思是否為自己之意思。抑為他人之意思，須依其是否作為自己之意思而表示之，抑作為他人之意思而表示之，以為決定。若係前者，則為代理。若係後者，則為使者。關於此點，若當事人有明瞭之意思表示，當可據此以為決定。否則須依周圍之事情以決之（松岡氏，鳩山氏，Hupka）。

（3）代理占有　占有非法律行為。又非意思表示。故不能有適當意義之代理占有。所謂代理占有，乃係以他人為媒介者之占有。其他人與本人之間因有一定法律關係，恰與本人自己為占有者生同一之效果者也。

（4）以自己之名而為影響於他人財產之行為者　代理係以本人名義所為之行為，對於本人發生效力。此種行為因欠缺此一要件，故非代理。

（a）間接訴權　債權人因保全自己之債權，得以自己名義，行使關於債務人之權利（一二四二條）。此種權利，雖係行使債務人之財產權，且使債務人受其法律效果。但其行為非以債務人名義。故非代理。

（b）質物拍賣權　質權人抵押權人有請求拍賣質物抵押物之權利（八六〇條八八四條）。請求拍賣之效果，雖及於所有權人。但其效果之及於所有權人，並非質權人抵押權人為所有權人之代理人。乃其質權抵押權之內容，當然有以自己名義，而處分所有權人

之物之權利也。此種處分權與代理權之區別，乃在是否有以自己名義爲處分之權限，或須以本人名義方得處分之一點。此種形式上之區別，雖與實際上此種處分是否爲本人之利益有密切之關係。然法律上之標準，則不能不採形式的區別也。

（5）破產管理人　係於破產管財人在法律上之地位，議論甚多。姑讓諸破產法之研究。

第二款　代理之種類

代理可區別爲次之種類。

（1）法定代理意定代理　乃代理權之成立，是否基於本人之意思之區別。基於本人之意思者，爲意定代理。即民法一〇三條以下所規定者是也。不然者爲法定代理。關於法定代理，有主張係由於法律之規定而發生者。有主張不問代理人之意思如何，由某事實之發生，法律上當然爲代理人者。又有以權限爲標準，謂有包括的權限者爲法定代理人。其他則爲意定代理人者。此諸說皆不足採。

（2）直接代理間接代理　直接代理者，直接對本人發生效力之代理也。我民法所謂代理，僅限於此一種。間接代理者，以自己名義代他人爲法律行爲者是也。既以自己名義，故法律行爲之當事人仍爲代理人。代理人自己爲權利人或義務人。不過本人與代理人間，有以本人之計算而爲法律行爲之法律關係。換言之。所謂代理人所取得之權利，須移轉於本人。

代理人所負担之義務，事實上歸本人負担而已。民法第五七六條以下所規定之行紀，其適例也。間接代理與直接代理之性質，大有差異，故近世之學者及立法例，唯稱直接代理爲代理。我民法亦然。

（3）積極代理消極代理　代理他人而自爲意思表示者，爲積極代理。代理他人而受領意思表示者，爲消極代理。皆係以明文所規定之代理也（一〇三條一項二項）。

（4）有權代理無權代理　乃基於代理權之有無之區別也。所謂眞正之代理，僅限於有權代理。然法律爲便宜計，亦規定無權代理。故無權代理亦爲代理之一種

（5）一般代理特別代理　有權代理中其權限爲一般者，稱爲一般代理，其權限爲特別者，即爲個個行爲之代理者，爲特別代理。

第三款　代理權

代理權者，成立代理關係之資格也。詳言之。以自己之意思表示使其直接對於本人生法律上之效果之資格，又受領相對人對於自己所爲之意思表示使其法律效果直接歸於本人之資格也。代理權之成立，乃對於第三人之關係。並非對於本人之關係。亦非對內關係所有之義務。乃對外關係所有法律上之地位。此點可與由委任所生之債權債務相區別。

關於代理權之本質，學說甚多，可大別之爲三派。

（1）代理權否認說　謂除本人與代理人間之委任關係及其他對內的法律關係外，則不能

認代理權之獨立觀念。一般法律行爲不許代理之羅馬法學說，及雖認一般行爲之代理，而不區別委任與代理之法國學說屬之。反之，德國通說，皆區別委任與代理。而認代理權之特殊觀念。尙有少數學者（如 Schlossmann）不認此觀念。其理由爲所謂代理權乃使他人得爲直接對本人生效之法律行爲之主觀的資格，並無客觀的事實之存在。而使代理關係有效成立者，乃由於成立代理權之法律事實即委任關係也。故代理權代觀念不應認爲有獨立之存在。此處否認代理權在法律觀念上之價值，殊難贊同。

（2）權利說　此說區別委任與代理，主張負履行委任事務之債務與對於第三人之代理權，其間有明瞭之區別。而代理權果爲何物，尙無精密之研究。一般多以代理權爲法律上之力（rechtliche Macht）（Windscheid, Brinz, Regelsberger,）。有主張代理權爲一種能力（Fähigkeit）者。又有少數學者主張代理權爲權利者。

故斷言代理權爲權利之學者，其數不多（Bekker）。或研究其權利之性質，謂屬於形成權（Enneccerus, Oertmann）。若以代理權爲權利，則此權利既非支配權又非請求權，且無與此相對應之義務，自應屬於形成權。然稱爲權利是否正當，尙屬疑問。

（3）資格說（或能力說）　謂代理乃一種法律上之地位，與權利義務均有不同。此說爲通說（Zimmermann, Hupka）。余亦採此說。蓋代理權並非代理人對於本人所有之權利，不過能使代理人所爲之意思表示直接對本人生效力之法律上之地位。此種地位，固可稱爲一法

律上之力。若將法律上之力分爲權利與能力之二種，則代理權不屬於前者，而屬於後者。代理權與行爲能力及權利能力頗相類似。吾人一觀消極代理，即可明瞭。如有由相對人受領意思表示之代理權人，對於相對人，既無請求權，又無得以一方的行爲而發生法律效果之形成權。不過有自己之受領與本人之受領生同一法律效果之法律上之地位而已。

我民法上所謂能力無能力係指行爲能力而言。自有一定意義。故無代理權者之行爲，須與無能力人之行爲相區別。代理權乃法律上之資格而非權利。故關於代理權，不適用消滅時效一規定，代理權之侵害，不構成侵權行爲。

代理權之成立，乃基於本人之意思。但其成立除本人爲授與代理權之意思表示外，是否尚須有代理人之意思表示，此即所謂單獨行爲說與契約說之所由分也。民法關於此點，旣無明文。解釋頗滋疑義。又授與代理權之行爲，是否爲有因行爲，亦爲所應研究之問題。分述如次。

（1）在羅馬法自不待言。縱令近代法，如法國法（一九八四條），屬於德法系之普魯士法（一部一三節五條）奧大利法（一〇〇一條）薩克遜民法（一一〇一條一二九五條）亦不分別委任與代理。而以代理爲委任契約之對外關係。故代理權之成立，係由於委任契約。此稱爲委任契約說。此說自受 Laband 氏之攻擊。在德國之勢力雖失。然在法國及德國以外諸國尚爲多數說。此說主要之缺點，乃代理權除委任契約外，由雇傭承攬合夥等契約亦可成立

。且由委任契約成立代理權時，而對於本人所負處理委任事務之義務，與對於外部代理本人之權限，其廣狹不必一致。故以代理權僅爲委任契約之對外關係者，誤也。

與委任契約說稍有不同者，爲無名契約說。乃Laband氏所主張。謂爲發生代理權之原因之法律行爲，與委任契約不必相同。然仍爲一種契約。即一方當事人（代理人）以相對人（本人）名義所爲之法律行爲，其效力恰與相對人自己所爲者相同之義務諾成契約。此說之缺點，乃認債務之成立，係違反當事人之意思。換言之，作爲固可爲債務契約之內容。而某行爲之對於某人發生效力者，係由於法律之規定。既不能謂爲一種給付。自不得爲債務之內容。故代理人之行爲，能對本人發生效力者，不得謂爲債務契約也。此外尚有因否認代理權之獨立觀念，致否認成立代理權之獨立的法律行爲。謂代理權之發生，係代理人與本人間之契約者。又有謂代理權當然包括代理人與本人間之契約，所謂發生代理權之單獨行爲，實際上乃契約之要約者(Seeler)。此兩者均可稱爲一種契約說。

（2）單獨行爲說　乃德國之多數說。自Laband區別委任與代理而認代理權之獨立觀念以來，學者更進一步，主張代理權與執行委任事務之義務不同。代理人僅有代理權，並無義務。又代理人亦並不因有代理權而蒙何等之不利益。故不須有代理人之意思表示。僅因本人之單獨行爲即可授與代理權。至代理權與委任，僱傭，合夥等契約同時存在時，代理權之成立，亦非由於此等契約。乃由於與此等契約同時存在之單獨行爲的授權行爲（Vollmacht、

Bevollmächtigungakt）也。此稱爲單獨行爲說。此說之中，主張授權行爲與其基礎法律關係之委任，僱傭，合夥等契約，有不可分離之關係者，稱爲要因的單獨行爲說(Planck)。主張可以分離者，稱爲不要因的單獨行爲說(Hupka)。又有主張授權行爲，須向代理人或與代理人爲法律行爲之第三人爲之者。德國民法第一六七條及我民法第一六七條係採此主義。總之，代理權之授與，不過足以使代理人以本人名義所爲之行爲，對於本人發生效力，拘束本人而已。故僅以本人之意思表示，即可授與代理權，無須得代理人之承諾，此乃單獨行爲說唯一有力之根據。

茲由法理論及立法論上言之。以委任契約爲發生代理權之唯一原因，殊爲不當。不僅不能以之說明由合夥等契約所發生之代理權。且不能說明執行委任事務與代理權之範圍之差異。應離開執行委任事務之義務，而認代理權之獨立的法律關係，認成立代理權之法律行爲爲正當也。然此授權行爲，是否須爲契約抑須爲單獨行爲，則未敢遽斷。蓋在不使負義務而僅與法律上利益之行爲，則不待受益人之意思表示，即使發生效力，亦無不可。但如此，在法理上並不能認爲必要。若表意人有俟相對人之意思表示而發生效力之意思，則締結契約，在法理上不能謂爲不可。如贈與契約及爲第三人之契約莫不皆然。故授權行爲之須爲單獨行爲抑須契約之問題，由純粹之法理論上言之。則單獨行爲可，契約亦可也。德國學者主張由單獨行爲亦可授與代理權之議論，雖屬正當。但非單獨行爲不可之議論，殊難首肯。若當事人

為授權契約。以相對人之承認，為代理權之授與。在現代契約自由原則之下，自不應否認其效力也。再在立法論上，何者為最適合於社會之需要以研究之。在大概情形，授權證書送達時，即可使代理權成立。且最適合於當事人之意思。由此點論之，寧左袒單獨行為說也。

代理權之授與行為，為有因行為，抑為無因行為，學說上頗有爭議。蓋普通代理權之授與，非為代理本身之目的。乃為達某種目的。或以達履行委任事務為目的。或以達僱傭契約合夥契約為目的。尚有為達其他種種目的者。此等基本法律關係與授與代理權之行為，是否不可分離。其基本關係不成立，無效，或撤銷時，則授與代理權之法律行為，亦將失其效力與否。此即所謂法律行為為有因無因之問題也。民法一〇八條一項規定，代理權之消滅，依其所由授與之法律關係定之，似採有因說。但社會上每使授與代理權之行為，與其基本關係相獨立。故授與代理權之行為，通常雖為無因行為。但得以當事人之意思表示使其為有因行為。

代理權之範圍，即代理人之權限，須由發生代理權之原因而決定之。代理權之發生，由於法律之規定者，須依法律之規定。由於當事人之意思表示者，須依授權行為而決定之。

代理人以自己固有之資格為法律行為之一方當事人，又以代理人之資格為他方當事人，以此種方法使自己與本人間是否可以成立法律行為（Selbstkontrahierendes Stellvertreters）。又是否可以為雙方當事人之代理人（Doppelvertretung）。在德國普通法上原有議論。學者間

亦多採積極說。現在德國民法（一八一條）則以明文解決之。原則上禁止雙方代理。我民法亦有同樣之規定（一〇六條）。禁止雙方代理之理由，學說不一。或謂一身而兼雙方當事人之資格，在以二人以上之當事人爲必要之契約性質上，爲不可能（Buemelin）。或謂理論上雖屬可能。然契約當事人之利害關係，各有不同。若使自己之代理人與自己締結契約，或爲雙方之代理人時，實際上易生弊端。故應禁止雙方代理云云（富井氏）。後者之見解，頗中肯綮。

禁止雙方代理之規定，除契約外，亦可適用於有相對人之單獨行爲。然無相對人之單獨行爲，則行爲當事人僅爲一人。故無適用本條之餘地。如代理人對於本人爲契約之解除或法律行爲之撤銷，或對於自己或解除或撤銷時，固可適用本條。而代理人對於本人爲遺贈時，則不能適用也。又對於準法律行爲之催告，亦可適用。或謂代理人對於本人爲單獨行爲時，則縱代表本人受領，亦無不可。因受領並非法律行爲故也。（Fischerlenle, Oertmsnn）。然此說不足採。

民法關於債務之履行，則許雙方代理（同條但書）。蓋債務之履行，非新利益之交換。不至發生利害衝突故也。所謂債務之履行，雖包含代理人對於本人所爲之債務履行，及本人對於代理人或第三人（他方當事人）所爲之債務履行。但於清償本人之債務時，不得拋棄本人所有之期限利益。代物清償，雖與清償有同一之效力（三一九條），究爲新利益之交換，非茲所謂之債務履行也。關於抵銷，解釋不無議論。雖有主張消極說者，亦不足採。蓋抵銷之

內容，並非新利益之交換，乃一種互相清償之簡易方法。且代理人對於此種互相清償，亦有權限也。

經本人之許諾時，雙方代理，亦爲有效（一〇六條）。蓋禁止雙方代理之規定，係爲本人利益所加於代理權之限制。若本人加以許諾，自不能否認其意思表示之效力。關於此點，在德國學者，亦無爭議（Huppa, Oertmann, Dernburg）。

若代理人違反一〇六條之規定，而爲當事人雙方之代理人或與自己爲法律行爲時。其行爲之效力若何。有無效說，及無權代理說。德國最高法院，初採無效說。後改採無權代理說。日本大審院，亦採無效說。然以無權代理說爲正當。蓋代理人兼有雙方當事人之資格，在理論上非不可能。或在公益上爲不當。不過因有利益衝突，法律有保護本人之利益，而禁止雙方代理。換言之，本條並非代理之禁止。乃係代理之限制。故違反本條之行爲，並非違禁止法規之行爲。乃逾越代理權之限制之行爲。卽爲無代理權之行爲也。故其行爲可依一七〇條以下之規定，一經本人承認，仍爲有效。

第四款　代理人之能力

代理人所爲或所授意思表示之效力，不因其爲限制能力人而受影響（一〇四條）。蓋代理行爲之效力，不及於代理人而及於本人。則縱使限制能力人如以七歲以上之未成年人爲代理人，亦無害於無能力人之保護，且本人既願意授與代理權於限制能力人。縱因其缺乏知識

經驗而受損害，亦係咎由自取也。但完全無意思能力之未成年人，則不能為代理人。

本條乃規定代理人不得以限制能力人為理由而主張其代理行為為無效。並非規定本人與代理人間之關係也。至本人與代理人間之授權行為，是否得以代理人之為限制能力人為理由而主張無效，須依關於限制能力之一般規定及授與代理權之行為而決定之。如授與代理權之行為為委任契約，及其他負有債務之契約，即有因契約時。未成年人不僅取得代理人之法律上之地位。且負履行處理委任事務之債務及其他之債務。代理人自得以無能力為理由而主張無效。若授權行為為無因行為時，則與純獲法律上之利益之法律行為同。未成年人之代理人不得主張無效也。授權行為因代理人以無能力為理由而主張無效時，其所為之代理行為之效力若何。此時雖應視為無權代理行為。然認此結果時，則代理行為將因代理人之無能力而喪失效力。故由一〇四條之規定在對內關係授權行為雖應無效。而在對外關係，其所為之代理行為，應解為不因此而受影響也。

第五款　代理權之撤回及消滅

代理權，除依該法律關係之性質不得撤回者外，得於其所由授與之法律關係存續中，限制之或撤回之。但其限制或撤回，不得以之對抗善意第三人（一〇八條二項一〇七條）。蓋代理權之限制及撤回，多為第三人所不知。若非向第三人為通知而撤回委任狀時，則代理權仍應存續（德民一七〇條一七一條二項瑞民四一條四三條二項四四條）。藉以保護第三人之

利益。

所謂第三人乃對於代理人爲意思表示或由代理人受領意思表示之人也。而受一〇七條之保護之第三人，須爲善意無過失。所謂善意者，乃在與代理人爲意思表示之當時，不知代理權之限制或撤回者也。則在以後雖行聞知，仍不失爲善意第三人。關於善意之證明，第三人無須證明其不知代理權之限制或撤回，本人須負舉證責任（岡松氏）。所謂過失，乃第三人若用相當之注意，即用善良保管者之注意，即可知代理權之限制或撤回之謂。此種惡意第三人，法律殊無特別保護之必要。故法律將其除外（一〇七條但書）。關於惡意之舉證責任，亦須歸本人負担。

所謂「不能對抗善意第三人」者，乃不能由本人主張代理權之限制或撤回而免除法律行爲之拘束之謂。即第三人主張法律行爲之有效時，本人不能以無代理權爲理由，而免除責任。

代理權除於所授與之法律關係中撤回而消滅外，其他之消滅，依其所由授與之法律關係定之（一〇八條一項）。如授權行爲中有以本人之死亡或宣告禁治產爲代理權消滅之原因。則於此等事實發生時，代理權自應消滅。

代理權消滅或撤回時，代理人須將授權書交還於本人，不得留置（一〇九條）。蓋代理權消滅時，授權書亦應交還，以防代理人之濫用，而有害於授權人也。故代理人不得引用留置

權之規定，而拒絕授權書之交還。

第六款　無權代理人之責任

代理行爲之能直接對本人生效者，乃因代理人有代理權。且其所爲之代理行爲係爲其權限內之行爲故也。若無代理權而爲代理行爲者，即民法上所規定之無權代理（Unoerufene Stellvertretung, Vertretung Ohne Vertretungsmacht）是也。無權代理可分爲表見代理與狹義之無權代理二種。前者乃債篇所應研究之範圍。玆所應說明者，僅限於後者。無代理權所爲之代理行爲，可爲次之分類。

（1）代理權完全不存在時　不問代理人是否相信自己有代理權。如授權行爲無效時，委任契約之無效或撤銷時是。

（2）超越代理權之範圍之行爲　即代理人超越其權限所爲之代理行爲也。此時代理人關於其超越權限之代理行爲，雖無代理權。然於其他之行爲，尙有權代理。所謂性質的越權行爲，如僅有販賣之代理權者，而爲購買行爲是。關於此點，我民法既未置有如日本民法（一一〇條）之明文。則不能不視爲狹義之無權代理行爲也。又分量的越權行爲，如僅有買賣五石米之權限，而買賣百石是。其未超越代理權限之代理行爲是否有效，須依法律行爲之一部無效之原則以解釋之。若法律行爲之性質，可以分割。且各當事人對於一部亦有成立法律行爲之意思時。則未越權之部分，當可視爲有權之代理行爲。否則全部爲無權代理行爲也。

（3）代理權消滅時　代理權消滅後，其消滅之事實，除本人已用通知及其他公示方法外，概不易為第三人所知悉。而第三人每每誤信前代理人有代理權，與之為種種法律行為。此等行為之效力是否及於本人，民法無規定，須解釋一〇七條之規定以保護善意第三人為當也。

無權代理人以他人名義所為之法律行為，對於善意之相對人負賠償責任（一一〇條）。本條所規定無權代理人之責任，乃係無權代理人對於相對人所負之責任。而無權代理人對於本人所應負之責任，則非茲所應研究之範圍。

無權代理行為，因本人之承認（一七〇條），而相對人不蒙何等損害時。則無權代理人對於相對人，固不負何等責任。若不得本人之承認，而善意之相對人，因不能達到其所預期之目的而蒙損害時，則無權代理人當然應負責任。故各國法例皆認無權代理人在法律上之責任。而使相對人與代理人間，成立某種關係。至其責任之根據範圍及條件，則學說及立法例未能一致。尤在德國普通法時代，議論甚多（Josefllupka Die Haftung Des Vertreters Ohne Vertretu gsmacht 鳩山氏「論無權代理人之責任」）。

無權代理人何故須對相對人負責，學說上甚有爭議。最重要者為過失說與擔保說。前者謂無權代理人無代理權而為代理行為時，則有過失（Culparin Contrahendo）。故須負由於過失之侵權行為責任。此說法國學者多採用之（Laurent, Le Jolis Guillonard）。德國亦有採

此說者（Mitteis）。日本採此說者亦不少（富井氏岡松氏）。担保說，則謂無權代理人與相對人間，有默示之担保契約。故無權代理人須負基於此種契約之責任。此說在德國普通法時代爲多數說。此兩說均不足以說明無權代理人之賠償責任。蓋一一〇條所規定責任，並不以無權代理人之過失或担保契約之存在爲必要。且以之爲侵權行爲或契約上之責任時，可依債編之規定。亦無須於總則中特設明文也。法律所以規定無權代理人之責任之理由，乃因一般責任不足以保護相對人及維持代理制度之信用。則此責任，乃不以過失爲要件之特法律殊上之責任（Gesetzliche Haftung）。

法律所以使無權代理人負無過失責任者，乃基於保護交易之安全即動的安全之社會的需要，而在無權代理人方面，亦有足使他人信其有代理權之事實。故縱使其負無過失責任，不能謂爲不當也（Huppa, Oertmann, Holder, Story）。

所謂賠償責任，乃賠償相對人所蒙之損失者，無須特加說明。唯有議論者，乃關損害賠償之範圍。即使代理行爲爲有效，是否應賠償相對人所受利益之全部（履行利益Erfullungsinteresse），抑僅須賠償相對人信其有代理權而蒙受之損害（信賴利益 Vertrauens-interesse），亦有問題。然損害賠償責任，不應限於消極的利益之範圍。則本條所規定之賠償責任，須以履行利益爲內容也。

無權代理人之行爲，除欠缺代理權外，須具備代理行爲之要件。如本人不存在，本人無

權利能力，無權代理人不明示本人名義時，則不能謂無權代理行為也。

無權代理人，若為限制能力人時，解釋上自應不負賠償責任。然該限制能力人得法定代理人之允許而為代理行為時。則該無能力人，已無特予保護之必要。仍不能免賠償責任也。

第八節　法律行為之無效及撤銷

第一款　無效之法律行為

無效之法律行為（Void act, nichtiges Rechtsgeschaft）者，法律上當然並確定其不生（一法律行為之）效力之法律行為也。其性質如次。

（1）無效者無效力之謂也　即雖有法律行為之外形，而欠缺發生效力要件之謂也。無效是否為法律行為不成立之問題，抑係關於效力之問題，學說上固有爭執。通說謂法律行為之無效與其不成立不同。乃法律行為雖行成立而有不能發生效力之缺點之謂也。無論採何說，其實際上之結果無甚差異。茲無詳述之必要。如有要約而無承諾，買賣就價金無合意，乃契約或買賣契約之不成立。反之。有要約及承諾其契約雖可成立，但因契約之內容違法而為無效是也。

（2）無效者無法律行為之效力也　即不能發生當事人所欲發生之效力也。然當事人所不願發生之效力。仍無妨發生。如由無效之行為不妨發生不當得利之返還義務。亦不妨構成侵權行為。

（3）法律上當然無效也　法律上當然者，在當事人及法院兩方面，並無須爲何等使其無效之行爲，其法律行爲方能喪失效力。所謂得撤銷之行爲，則因撤銷權人之撤銷，方失其效力。而無效人行爲，當然無效，已無須爲此等行爲也。又主張無效之期間既無限制。故無效之行爲不能因時效期間之經過而爲有效。

當然無效云者，並非法院得以職權審查其無效原因之意。蓋無效之原因，經當事人主張之證明之。若一經證明，則法院卽以職權當然否認其有法律行爲之效力。

（4）確定其無效也　此點與效力在未確定狀態之法律行爲之性質不同。而得撤銷之法律行爲，因其效力不能確定，故性質上與無效之行爲異。無權代理行爲，雖當然不生效力。然一經本人承認，亦能溯及的發生效力。則在行爲當時，其能發生效力與否，亦在不確定之狀態。故其性質亦與無效之行爲異。所謂無效之行爲者，不能因爾後當事人之行爲而爲溯及的有效。又不能因時間之經過或事情之變更而爲有效也。如因違反公序良俗而爲無效之行爲，雖因爾後事情之變更，至不違反公序良俗時，亦不能成爲有效之行爲。

（5）無效乃絕對的　所謂絕對的者，乃謂無效之行爲不僅在特定當事人間而爲無效。對於一般人皆爲無效也。換言之。無論何人無論對於何人皆得主張其行爲之無效。我民法關於此點，雖無明文。而由規定相對的無效一點觀察之，自應如此解釋。蓋無效之行爲完全不具備發生效力要件，法律上既已確定其當然不生效力。則無論何人，皆以其無效爲前提而決

定種種法律關係。應不至受不利益。但此原則不無例外。所謂相對的無效，即不能以無效對抗第三人是也（八七條一項）。

無效之原因，可大別之為一般法律行為所共通者，與特定法律行為所特有者。所謂意思能力之欠缺（七五條），虛偽表示（八七條），相對人惡意之眞意保留（八六條），法律行為之目的之違法（七一條），或違反公序良俗（七二條）等，乃一般的無效之原因。而九八八條關於婚姻之規定，乃特殊法律行為之無效原因也。

無效之法律行為，可為種種分類。茲舉其重要者如次。

（1）絕對的無效相對的無效　無效原則上為絕對的，然亦有時為相對的（八七條一項）

（2）一部無效全部無效　法律行為之內容之一部無效者，稱為一部無效。全部無效者，稱為全部無效。發生一部無效時，其法律行為須為單一。若表面上似為一法律行為，而實際上等於數個法律行為之結合時，則不能生一部無效之問題。如以十圓買賣甲乙二書，乃一法律行為。若甲書成為給付不能時，則為一部無效。反之，以甲書七圓乙書三圓為買賣時，縱令其契約係同時締結，仍為二個法律行為。故甲書之給付不能，並不能謂為一部無效。

在雙務契約，雙方當事人皆須負担義務。若一方義務成為履行不能時，是否可以認為一部無效。然兩當事人之相互負担義務，乃雙務契約之要件。故一方義務不成立時，雙務契約

全部無效。故不能發生一部無效也。

法律行爲之內容全部有無效之原因時，固生全部無效。而僅內容之一部有無效原因時，是否全部無效，抑僅一部無效，成爲問題。關於此點，羅馬法有有效部分不能被無效部分所毀損（Utile par inutile non vitiatur）之原則。然絕對的貫澈此原則時，是否便利，殊爲疑問。在英美法，無效原因之條項爲條件（Condition）時，則爲全部無效。否則僅生損害賠償之問題而已。我國及德國民法則規定法律行爲一部無效者，全部皆爲無效。但除無效之一部，亦可成立者，則其他部分仍爲有效（一〇一條德民一三九條）。

（3）當初無效與事後無效　學者往往除當初無效外，尙認事後無效。所謂事後無效者，乃法律行爲成立之當時雖無無效之原因。然於其成立後效力發生前，方缺之發生效力之要件之謂。如停止條件成就前，法律行爲之標的物成爲不融通物是也。因於其效力發生前，方缺之發生效力之要件。其法律行爲雖結局不生效力。然非於法律行爲成立之時，即可確定其無效。故在適當之意義，其性質與無效之行爲，微有不同。又於法律行爲成立之當時必須存在之要件，如意思能力行爲能力等，其成立後雖不存續，尙不影響於法律行爲之效力也。

我民法關於無效行爲之承認，未設規定。則無效行爲，不能因承認而爲有效者，其理自明。然在過去曾爲無效之行爲，而在將來不能謂在同一當事人間不能爲同一內容之新法律行爲。如曾有一次爲虛僞的意思表示之後，仍不妨以眞意爲同一意思表示。曾爲違反公序良俗

之行爲，追社會事情變遷至不違反公序良俗時，當事人仍可爲有同一內容之行爲。此時當事人不爲新行爲，僅對於舊行爲加以承認，自不能謂爲違反公序良俗。其承認當然有效。至其承認之效力是否可以追溯既往，日本法（一一九條）則視所承認之行爲爲新行爲，而不與以溯及效。德國民法（一四一條二項）規定無效契約之承認，原則上有債權的溯及效。我民法雖無規定。然解釋上無效行爲之承認，其效力不能追溯既往也。

（4）無效行爲之當事人之責任　無效之法律行爲之當事人，於行爲當時知其無效或可得而知者，應負回復原狀或損害賠償之責任（一一三條）。蓋以法律行爲雖爲無效，而一方當事人難免不依該行爲爲給付。若行爲人或其相對人於行爲時明知其無效或可得而知者，對於他方所爲之給付，自應負回復原狀之義務。如不能回復原狀或無須回復原狀，而有損害時，則對於他方，應負損害賠償之責任。

無效行爲之轉換

無效行爲之甲種法律行爲，如具備乙種行爲之要件，並因其情形，可認當事人若知甲種法律行爲無效，即欲爲乙種行爲者，其乙種行爲仍爲有效（一一二條）。此稱爲無效行爲之轉換（Konverson, Unwardlung）。無效行爲之轉換得分爲次之二種。

（1）法律上之轉換　依法律之規定而轉換者。如將要約擴張限制或變更而爲承認者，視爲新要約（一六〇條二項）是。

(2)解釋上之轉換　關於此點，民法倣德民法一四〇條之規定。無效之法律行爲，若具備他法律行爲之要件，並因其情形，可認爲當事人若知無效而欲爲他法律行爲者，其他法律行爲仍爲有效（一一二條）。蓋法律行爲無效時，若其行爲具備他法律行爲之要件。且依他法律行爲，可達同一目的者。是當事人若明知其無效，有爲他種法律行爲之意思。此時應使其他之法律行爲爲有效，藉以符當事人之意思。

第二款　得撤銷之法律行爲

民法上撤銷一語，用之於種種意義。所謂撤銷乃對於一定法律事實而否認其效果之行爲也。其被否認之法律事實，有爲法律行爲。有非法律行爲。如命令之撤銷是（三四條）。其否認行爲之本體，有爲私法的法律行爲者。有爲法院之行爲者。如婚姻之撤銷（九八九條至九九七條）。詐害行爲之撤銷（二四四條）。乃後者之例也。其所否認之法律效果，有爲由該法律事實所生之法律效果全部者。有僅及其一部分者。如營業許可之撤銷（八五條二項）法人設立許可之撤銷（三四條），不問其有無特別規定，性質上屬於後者。至撤銷之理由，雖有種種。可大別之以意思表示之瑕疵爲原由者。與不然者。廣告之撤銷（一六五條），不依字據之贈與之撤銷（四〇八條），乃後者之例也。

得撤銷之法律行爲者（Voidablejaristic act, anfechtbares Rechts-geschaft），表意人因其意思表示之瑕疵，而使其（所爲之法律行爲之）效果溯及的消滅之法律行爲也。

(1)得撤銷之法律行為與無效之行為異。後者乃確定無效之行為。而前者之效力尚在未確定狀態。即從撤銷停止，仍屬有效。若一旦撤銷，則自始確定其無效，或不發生效力。故得撤銷之行為者，以當初視為有效。而結局是否有效尚屬未確定之點，有異於有效之行為及無效之行為也。

(2)得撤銷之法律行為與附條件之法律行為亦異。所謂附條件之法律行為，其效力雖亦在不確定狀態。而此種狀態之發生，乃出於當事人之希望。並非由於意思表示之瑕疵。此與得撤銷行為不同之點也。

(3)撤銷（Anfechtung）僅有撤銷權人方得為之。 有撤銷權人，乃係為有瑕疵意思表示之人。非如無效行為之無論何人皆得主張其無效也。如此，則撤銷為相對的。所謂相對的云者，乃指撤銷權人須限於具備特殊要件之人而言。非謂撤銷之效果為相對的也。得撤銷之行為，一旦有撤銷之意思表示時。則其行為自始無效。而生絕對的效果。

撤銷權者，以自己之意思表示，而否認法律行為之效力之權利也。關於此權利之性質，固有議論，其為權利，且屬於財產權之一種，則無庸疑。然非關於物之權利，自非物權。又不以請求他人之給付為內容，亦非債權。係以自己之行為而惹起一定法律效果為內容之權利，故為形成權之一種。

撤銷權之內容，在否認法律行為之效力。蓋法律行為或意思表示乃一事實。不能謂為於

一定之時，方能存在。爾後即行消滅。故撤銷權之行使，僅能消滅法律行為之效力而已。

撤銷須消滅法律行為之效果全部。不僅消滅將來之效果。過去之效果，亦歸消滅。此稱為撤銷之溯及效（一一四條一項）。但附條件或附期限行為，於條件成就，期限屆至前，尚未發生力效。則其撤銷僅能否認將來之效力而已。又撤銷係否認法律行為全部之效力。並非否認由法律行為所生之各個請求權之效力。此與對於各個請求權之抗辨權不同之點也。

有撤銷權人如次

（a）為有瑕疵之意思表示者　即被欺詐被脅迫而為意思表示者。其撤銷權發生之要件。已於前述。

（b）代理人　為有瑕疵意思表示者之代理人，能代之行使撤銷權。代理人僅能有代理本人行使撤銷權之權限。不能有獨立之撤銷權。代理人所為之意思表示，因有瑕疵而發生撤銷權時，亦然。其發生撤銷權之原因事實，即意思表示之瑕疵事實，雖就代理人決之（一〇五條）。但因此發生之撤銷權，則屬於本人。

（c）繼承人　繼承人有包括繼承人與特定之繼承人。前者係包括的繼承前主之權利與義務。如繼承人及包括受遺人是。此種繼承人係立於前主之法律上之地位。故前主之撤銷權原則上亦應繼承。

特定繼承人者，受讓前主特定權利之人也，特定繼承人所受讓之權利，究係如何權利，

議論尙歧。有主張保受讓撤銷權者。於主張保受讓由得撤銷行爲所取得之權利者（富井氏松岡氏）、後者爲多數說。關於撤銷權解除權等所謂形成權之繼承，在德國學者間之研究，尙未完成。故有種種議論。按由得撤銷行爲所生之本來之權利義務，與撤銷權雖似有密切之關係。然精密觀察之，此種關係謂爲存在於由得撤銷行爲所生之權利義務與撤銷權間，寧謂爲存在就得撤銷行爲有法律上之地位與撤銷權間。此法律上之地位，雖大概爲權利義務，亦不盡然。法律之所以與撤銷權之理由，與其謂爲保護有權利義務之人，無寧謂爲保護有此法律上地位之人。例如甲以得撤銷行爲於其所有地上設定地上權永佃權後，將其所有權讓與於丙時，丙雖非繼承由設定行爲所成立之權利義務之人。然保繼甲所有法律上地位之人。自應有撤銷權。又如甲以得撤銷之行爲由乙取得土地所有權。嗣後於其土地上爲丙設定地上權時，丙雖係甲之繼承人，而不能有撤銷權也。總之。所謂特定繼承人，應解爲有撤銷權之繼承人。即繼承法律賦與撤銷權而加以保護之法律上之地位與權利之人也。

保證人不能謂爲上述之繼承人。若使保證人得撤銷主債務人之法律行爲時，殊不合於保證債務之性質。故保證人不能行使主債務人所有之撤銷權也（鳩山氏川名氏石坂氏穗積氏三潴氏反對富井氏橫田氏）

（4）得撤銷之行爲，僅因撤銷，方能喪失效力。故撤銷權因時效及其他原因而消滅時，則得撤銷之行爲即可確定其有效。此點與無效之行爲不同。已於前述。

撤銷之原因，有爲一般法律行爲所共通者。有爲特殊之法律行爲所特有者。一般之撤銷原因，爲意思表示之瑕疵。因此原因之撤銷，即可適用民法總則一一四條以下之規定。而特殊之撤銷原因，則無一般的規定。民法唯於各種法律行爲，規定其特殊之撤銷原因而已（四○八條九八九條乃至九九六條等）。因此等原因之撤銷，須先適用其特別規定。若無特別規定時，然後方可補充適用一一四條以下之規定也。

撤銷原因，既有一般撤銷原因，與特別撤銷原因。故撤銷權亦可分爲一般撤銷權與特別撤銷權。前所述者，乃一般撤銷權也。

第一項　撤銷之方法

得撤銷行爲之相對人確定時，須對此相對人以意思表示而爲撤銷（一一六條一項二項）。此時之撤銷，乃有特定相對人之意思表示。故在非對話人間，其意思表示非達到於相對人，不生撤銷之效果。而所謂得撤銷行爲之相對人者，非指因撤銷而受影響之相對人而言。乃行爲當初之相對人也。即當初之行爲爲契約時，則爲契約之他方當事人。爲有相對人之單獨行爲時，則其相對人。

撤銷以意思表示爲之（一一六條一項）。外國立法例，除意思表示之外尚有以訴訟爲必要者（法民一三○四條及法法系之民法）。我民法與德國民法同，不採裁判上之方式。唯婚姻之撤銷（九八九條至九九七條）及詐害行爲之撤銷（二四四條），須向法院請求者，乃屬

例外。如此種不以裁判上之程序爲必要之行爲。我民法就解除抵銷請求等亦行採用。然不能因此卽謂撤銷之意思表示一定須於裁判外爲之。若在訴訟進行中在法院向相對人或其代理人爲撤銷之意思表示，亦無不可也。此時之撤銷行爲爲訴訟行爲。同時亦爲法律行爲。苟其備法律行爲之要件，則不問其具備訴訟行爲之要件與否，亦可有效。

關於撤銷之意思表示之方法，法律旣無限制。故不必用撤銷之文字。又無須表示撤銷之原因。苟能使他人認識有撤銷之意思表示卽可。如謂買賣係由於詐欺或脅迫而請求返還，皆能使人認識有撤銷之意思表示（Oertmann, Enneccerus, 德國最高法院判決）。

撤銷之意思表示之得附以條件與否，乃學說上甚難解決之問題。多數說爲消極說（Dernburg, Planck）。然法律之所以無禁止附條件之明文者。因撤銷之附以條件者，顯爲違反公序良俗故也。蓋在撤銷解除抵銷等單獨行爲，相對人所受之拘束甚大。若許附以條件，則相對人將被不確定之法律行爲所拘束，益陷於不利益之地位。因此理由，故多數學者主張此種行爲不許附以條件。然附以相對人之隨意條件，則無此弊。其有效自不待言（Fruck, Oertmann）。如甲因乙之欺詐，買進高價之物品時。若甲對於乙表示不減價五十元則撤銷買賣契約。若乙表示不能減價，則買賣契約當然撤銷。依多數說，此時須更爲撤銷之意思表示。其結果，若先爲意思表示時其撤銷權之消滅時效尚未完成，爾後爲意思表示其消滅時效已完成時，勢則將不能撤銷也。

若相對人有數人時，其撤銷權之行使應否對全體爲之，頗有議論。有主張對於一人所爲之撤銷，僅對於該相對人發生撤銷之法律效果。其效果之能否及於其他相對人。依法律行爲一部無效之原則以決定之(Planck, Oertmann, Crome)。有主張對於一人所爲之撤銷，有消滅法律行爲全部之效力，故對於相對人全體發生撤銷之效果(Riezler, H lder)。又有主張對於全體方可爲撤銷者(Hellwig)。日本梅博士謂對於一人所爲之撤銷，僅能對於該一人有撤銷之效力。若其他之相對人因一部撤銷而不能達法律行爲之目的時，得請求解除。其後半雖可謂爲便宜之解釋。然撤銷權之內容係以否認一法律行爲之效力爲目的。縱令其法律行爲之相對人有數人，然權利僅一。並非對於數相對人有數個之權利也。故分割行使一部時，僅限於其法律行爲之性質上可以分割，方能行使。若法律行爲之內容爲不可分，則祇能對於相對人全體以消滅法律行爲之全部效力，或存續其全部效力而已。若僅消滅其效力之一部，殊與當事人之意不符。故撤銷之意思表示應解爲須對於相對人全體爲之。

【註】共犯數人託名契約而行詐欺取財，僅其中之一人爲契約當事人。而其他之共犯並不直接關與契約。則撤銷契約之意思表示，僅須對於爲意思表示之犯人爲之。無須對於其他之犯人爲撤銷之意思表示也。

關於相對人不確定之行爲之撤銷方法，民法無規定。德國民法（一四三條三項）規定因其行爲而直接取得權利之人爲撤銷權之相對人，於保護此等人之利益較爲妥當。

第二項　撤銷之效果

撤銷乃以消滅法律行爲全部之效力爲目的。換言之。不僅消滅法律行爲之將來的效果。且追溯其於行爲成立之時以消滅其效力。此稱爲撤銷之溯及效。故由得撤銷之行爲而移轉權利時，則等於權利之未移轉。若創設權利時。其所創設之權利自始不成立。負担債務時，其債務亦不成立。而生此等結果，除撤銷外並不須何等行爲。然由撤銷而喪失效力之行爲，不能不限於有撤銷瑕疵之行爲。故於債權契約之外，尙有履行債務之獨立物權契約時。若僅一契約有得撤銷之原因。而其他一契約之效力，自不受影響。如僅物權契約無效時，須更爲履行一。若僅債權契約被撤銷時，僅可依不當得利爲理由而請求返還。

撤銷原則上生物權的效果。撤銷雖僅能對於特定人爲之。然法律行爲一經撤銷，則其行爲無論對於何人皆爲無效。又無論何人皆得主張其無效。故有利害關係之第三人不能不受撤銷之影響。關於此點，民法雖無規定，然由因欺詐之撤銷，不能與第三人對抗（九二條二項）之規定觀之，則一般之撤銷，自可對抗第三人也。分述如次。

（1）物權行爲被撤銷或債權行爲及物權行爲被撤銷時，則物權當然復歸於舊權利人卽撤銷人。復歸之結果，撤銷權人無論對於何人皆爲物權人。對於一切第三人（不問其爲惡意或善意）皆得主張其權利。如第三人由相對人受讓其標物時。因撤銷之結果，相對人成爲無權利人。第三人亦成爲無權利人。而不能不將其所占有之標的物返還於撤銷權人是。債權讓

與之準物權的行為被撤銷時亦然。但有次之例外。

（A）由於欺詐之撤銷，不能與善意第三人對抗（九二條二項）。

（B）若該第三人受九四三條之保護。則讓與人縱為無權利人，而此第三人尚能取得動產上之權利。此時之撤銷，倘能使讓與人為無權利人。而第三人因無須返還其由九四三條所取得之權利也。

（2）僅撤銷其原因行為，而給付行為尚為有效時，即僅生不當得利之返還請求權之關係時。此種請求權，乃純屬債權性質。僅能對抗債務人。故不能與第三人對抗。換言之。給付行為有效時，相對人並非自始無權利者。故由此而受讓權利之第三人，當然有效取得權利也（中島玉吉氏）。

由得撤銷行為所為之給付，於其行為被撤銷時，當事人於若何之範圍，返還其所受領之給付。關於此點。學說歧而為二。

（1）全部返還說　當事人原則上須返還其所受利益之全部。蓋法律行為被撤銷時，一切之法律關係皆須回復原狀故也。

（2）不當得利返還說　撤銷之結果，因無效行為而受利益之人，乃民法第一七九條所謂無法律上原因而受利益，致他人受損害。自應負不當得利之返還義務。

我民法第一一四條規定當事人知其得撤銷或可得而知者，其法律行為撤銷時、應負回復

原狀或損害賠償之責任。此所謂當事人乃指爲得撤銷行爲之人及其相對人而言。惟在代理人爲意思表示時，其知否原則上應就代理人決之（一〇五條）。表意人或其相對人旣明知其有撤銷之原因，或因過失而不知，而仍爲該意思表示時。自應令其於撤銷時，對他方負回復原狀或損害賠償之責。

第三項　撤銷權之消滅

撤銷權除因行爲之撤銷而消滅外，尙有因消滅時效之完成及承認而消滅。

第一　承認　撤銷權人得承認其得撤銷之行爲（一一五條），一經承認，即確定其有效。故承認亦爲撤銷權消滅原因之一。

承認乃確定得撤銷行爲之不確定效力也。故行爲在承認前，亦有一定效力。承認不過確定其效力而已。故此承認，可稱爲確認（Confirmation, Bestätigung）。與無權代理行爲之承認及無效行爲之承認，乃以發生新法律效果爲目的者，微有不同。

因承認有消滅撤銷權之效果。故通說皆以承認爲撤銷權之拋棄行爲。但少數學者，謂承認權與撤銷權各不相同。而確定法律行爲之效力之積極的表示，不必含有喪失撤銷權之消極的表示。然確定法律行爲之效力之意思表示，當然含有不使其效力消滅之意思表示。故承認之反面，亦當然含有拋棄撤銷權之意思表示也。

承認之效果，須基於承認人之意思。故承認乃一法律行爲。然爲承認時須認識撤銷權之

存在。故在具體的情形，非知有撤銷之具體的原因，不得爲承認之意思表示。又有數個撤銷原因，僅知其一而爲承認時，則基於他原因之撤銷權並不謂爲喪失也(Oertmann, Staudinger, Riezler)。此外承認雖須具備法律行爲之要件，然不須具備其所承認之法律行爲之特殊要件。如所承認法律行爲爲要式行爲，而承認則無須要式是也。

承認乃一方的行爲。縱其所承認之行爲爲契約，亦無須得相對人之承諾。此點由一一六條之規定觀之，甚爲明顯。假使須相對人之意思表示時，則相對人強要撤銷之結果，將不得爲承認矣。現在學說上稍有爭執者，乃此一方的行爲之承認是否爲有相對人之意思表示而已。德國多數學者多解爲無相對人之意思表示(Planck, Riezler, Garais, Oertmann)。我民法規定如相對人確定者，承認之意思表示應向相對人爲之(一一六條二項)。如無相對人，則承認亦爲無相對人之意思表示也。

承認既爲撤銷權之拋棄，則非有撤銷權之存在，自不得爲承認。或謂於撤銷權行使以後，再得相對人之同意撤回撤銷時，亦得爲有效之承認者(Dernburg)。然非通說。

承認乃撤銷權之拋棄，有主張於撤銷權成立以前。不得爲承認者(Oertmann)。其結果雖大體正當。然謂所有權利皆不得豫行拋棄，頗難是認，如未發生之權利，固不得豫行拋棄。苟權利已具備成立要件。其所爲之拋棄行爲，除該權利之性質上豫行拋棄有背公序良俗外，自不能不認爲有效(鳩山氏)。如豫行拋棄基於欺詐脅迫所生之撤銷權時，則可謂與法律所

以認撤銷權之趣旨不符。且違反公序良俗。不能有效。而撤銷權之繼承人於取得以前拋棄撤銷時，不能謂爲無效也。

承認之效果乃係有效確定得撤銷行爲之效力。蓋得撤銷之行爲並非無效之行爲。惟有撤銷權人方能否認其行爲之效力。若撤銷權人喪失其否認權後，則得撤銷之行爲卽確定其有效。換言之，承認之結果，得撤銷行爲之效力卽行確定。其效力不僅向將來，並溯及法律行爲時發生效力(一一五條)。此稱爲承認之溯及效。所謂「法律行爲時」者乃法律行爲成立之時。如附期限或附條件之行爲，則爲其期限到來條件成就之時。卽完全無缺點而發生效力之時也。

日本民法第一二二條規定承認之結果，不能有害於第三人之權利。在立法論上其當否不能無疑。蓋承認乃係確定得撤銷行爲之效力之行爲。其有溯及效並非由於法律之擬制。法律之所以認此種否認權者，無非爲保有撤銷權人之利益。撤銷權人縱不行使此否認權。決不能謂爲直接侵害第三人之權利。第三人縱令間接因此受有損害，乃當然之結果。法律對此等第三人殊無加以特別保護之必要。故德國民法未特揭限制承認效果之明文。德國學者中亦不見對此有所主張。我民法不效日民法之規定，洵爲適當。

承認須於撤銷之原因終止後爲之(九三條日民一二四條)。如撤銷之原因爲脅迫時，若使被脅迫人於脫離相對人或第三人之不正干涉前，而爲承認時。徒使法律關係益趨複雜。故承

認須解爲於撤銷原因終止後方得爲之。

第四項　須得第三人同意之行爲及無權處分行爲

第一、須得第三人同意之法律行爲　法律行爲須得第三人之同意始生效力者，其同意或拒絕，須向當事人之一方爲之（一一七條）。所謂須得第三人同意始生效力之法律行爲，即依法律規定或其他情形，第三人之同意爲其發生效力要件之法律行爲也。如法定代理人所爲之特種法律行爲，須得親屬會議之同意而後發生效力（一一○一條一一○二條等）是。此種法律行爲之發生效力與否，既繫於第三人之同意或拒絕同意，故民法特爲規定之。

同意之性質應解爲補充的法律行爲。蓋同意不過使他人所爲之法律行爲發生效力。其本身並無獨立之內容故也。又同意於事前事後皆得爲之。但事前之同意，得於爲法律行爲前撤回（參照德民一八三條）。同意之拒絕應解爲意思通知之一種。

第二、無權處分之行爲　無權利人就權利標的物所爲之處分，經有權利人之承認，始生效力（一一八條一項）。處分權利之標的物時，須自有處分之權能。無權利人就其標的物所爲之處分行爲，當然無效。此種處分雖經有權利人之事前或事後之同意，亦應使之無效。然此辦法，實際上頗多不便。故無權利人爲自己處分他人權利之標的物時，若經權利人之承認，亦生效力。又無權利人於處分他人權利之標的物後，依一般繼承或特定繼承爲權利人時，其處分仍可自始有效（同條二項）。若數處分相抵觸時，以最初之處分爲有效（同條三項）。

第四章 期日及期間

第一節 期日及期間之意義

時間在種種之點與法律效果有密切關係。人類一切事實皆存在於時間之過程中，因時間之前後而有差異。法律事實亦然。因其前後之差異而法律效果亦有不同。其一也。法律之效力原則上限於一定之時間，權利原則上亦僅於一定時間，方能存在。法律之不能有溯及效者，乃普通之原則。而權利之存在，亦有除斥期間與時效期間之規定。其二也。其他尚有於一定時間或於某時期內所為之行為，方能生法律效果，或於一定時間因一定事實狀態之繼續而喪失權利或取得行為能力等。與時間相結合之法律效果，其數不遑枚舉。學者往往將其分為種種分類，茲從略。

時期涉及過去現在未來，絕無窮盡。於是吾人以人為之標準而分為年月星期日時等，以便於吾人之活動。其意義不僅限於民法，茲無特加說明之必要。唯一時間與他時間之中間繼續部分之計算法，有自然的計算法與曆法的計算法兩種。古來學說，亦未趨一致。期間（Fist, delais）者，以一定之時間為起點，一定之時間為終點，其中間之時間繼續部分也。期間如自本日起三年，生死不明以後十年是。期間在法律上之效果複雜繁多，各種法律行為規定。故總則未揭一般的規定。茲所述者，僅其計算法而已。

期間與期日異。期日乃指特定之時期而言。期間則爲以一定時期爲起點，而繼續迄於他時期也。故期日縱非瞬間之意，但無繼續之觀念。而期間則以繼續的觀念爲必要。或以期日爲靜的觀察之時間，而期間爲動的觀察之時間者，即此意也。

法令，審判或法律行爲所定之期日及期間，除有特別訂定外，其計算，依本章之規定（一一九條）。依法令所定者，如民法第十二條八條七六八條七六九條等是，若法令，審判及法律行爲未定期間之計算法時，則依總則第五章之規定。故本章所規定之期間計算法，乃解釋的規定。並非強行的規定。

第二節　期日及期間計算法

（一）計算法之種類　期間之計算法，自羅馬法以來，分自然的計算法（Computatio Naturalis）與曆法的計算法（Computatio Civilis）兩種。前者之計算法，甚爲精密。且有不加人爲的增減之便宜。而後者則依曆法上之單位，即依年月星期日等而計算之。兩者之間，各有得失。前者雖非簡便，然甚精密。適於短時間之計算。後者雖非精密然頗簡便。適於長期間之計算也。我民法原則上依曆法的計算法。至於時之計算，則依自然的計算法。而時以下之分秒，雖無特別規定，亦不可不依自然的計算法也。

（二）以時所定之期間計算法　以時定期間者，即時起算（一二〇條一項）。所謂即時起算，即由次之瞬間起算期間之謂。至其滿了點，則無規定。其由起算點計算，經過至所定

之時爲滿了點者，則毫無疑義也。如由午前十時二十分起四時間卽以午後二時二十分爲滿了點。非以午前十一時起算，而以午後三時爲滿了點也。

(三)以日、星期、月、年所定之期間計算法

1. 其期間之始日不算入(一二〇條二項) 以日以上爲單位所定之期間，在羅馬法雖有自然的計算法與曆法的計算法兩種。我民法爲應近世交易之需要，倣德國民法(一八七條)之規定，簡單明瞭採曆法的計算法。

關於依曆法的計算法之期間起算點，有二說。一爲始日算入說。他爲始日不算入說。前者稱爲縮短的計算法。後者稱爲延長的計算法。我民法採用後者。規定始日不算入。蓋如此頗適合於當事人之意思也。如在非對話人間之要約，定回答之期間爲十日時，則自該要約達到相對人之翌日起算十日間。但年齡之計算，有特別規定。卽自出生之日起算(一二四條一項)。

始日之時間起於午前零時時，其始日應否算入，我民法無規定，解釋上成爲問題。德國民法(一八七條)規定，以某事實之發生爲期間之起算日時，則其事實偶然於午前零時發生，其始日仍不算入。唯時刻以午前零時起算時，方可算入(Oertmann)。日本民法(一四〇條)則規定期間自午前零時開始時，其始日亦應算入。在我民法之解釋上，其始日均一律不算入。

2．終止點　以星期，月或年定期間者，以期間末之終止爲終止（一二一條一項）。卽末日之終止點，非爲午前零時而午後十二時也。

在羅馬法之解釋，依期間之種類，而其終止點亦有不同。如係關於權利之取得時，則以末日之開至爲終止點。若係關於權利之喪失時，則以末日之終止爲終止點。此種分類方法，殊難謂爲合理。蓋通常由一方當事人觀察之，爲權利之取得。而由他方當事人觀察之，則往往爲權利之喪失。此時究以末日之開始或終止爲終止點，殊難決定。我民法倣德民法（一八八條）之規定，且基於普通當事人之意思，採延長的計算法。而以末日之終止爲終止點。故當事人於末日之午後十二時以前，尙得爲債務之履行及其他行爲。不過於夜深不適當之時爲之，而認爲有違反信義之規則時，不能認爲有效而已。然依商事習慣定有交易時間時，則應解爲交易時間之終止爲終止點。

關於以時所定之期間之終止點，民法雖無規定。然須依自然的計算法以計算其終止點者，則無庸疑。如自午前十時二十分起算四時間，則以午後二時二十分爲其終止點。非以最後時期之終止爲終止點也。

3．末日之延期　於一定期日或期間內應爲意思表示或給付者，其期日或期間之末日爲星期日，紀念日或其他休息日時，以其休息日之次日爲終止點（一二二條）。休息日僅能影響於期間之終止點，而不能影響於其起算點及其中間所經過之期間也。日本民法（一四二條）

規定此等休息日有不爲交易之習慣時，方延長期間之末日。我民法既未規定此等限制，自不能爲同一解釋。

本條規定，不能謂爲係爲債務人之利益而設。至爲債權人之利益，亦可適用之。如在星期日債務人受履行之請求時，固可爲期限之抗辯。又其請求係期限前之請求，債務人縱不爲給付，亦不負遲延責任。又債務人於星期日提出給付時，債權人縱拒絕受領，不能謂爲債權人之遲延（富井氏）。但德國尚多反對說（Oertmann）。謂期限係爲債務人之利益而存在時，則債務人拋棄期限之利益，在星期日向債權人提出給付時，亦可發生債權人遲延之效力。然本條規定對於債權人債務人雙方皆生效力。如在星期日向已閉鎖之銀行門前提出給付，銀行不能負遲延責任。若依反對說，則銀行爲避免受領遲延之不利益，在星期日不能不營業也。

4.末日之算出法　以日定之期間，固無問題。而以月年所定之期間，則不能不生是否以日換算之問題。民法規定以曆計算。則一月不問其大小皆爲一月。一年不問其有無閏月皆爲一年（一二三條一項）。星期，月或年非連續計算者，每月爲三十日，每年爲三百六十五日（同條二項）。

期間又分爲連續的期間（Tempus Continuum）與非連續的期間（Tempus utile）二種。連續的期間者，乃一旦進行開始時不間斷的經過期間也。非連續的期間者，乃不以繼續的經

過爲爲必要之期間也。例如約定一年服三個月之勞務，一年休息一個月是。若一年服與三個月相當之勞務，得與一個月相當之休息即可。其日子不以繼續爲必要。民法一二三條第二項所規定者是也。

期間之不以星期。月或年之始日起算者，以最後之星期，月或年與起算日相當之前一日爲期間之末日。但以月年或定期間，於最後之月無相當日者，以其月之末日爲期間之末日（一二一條二項）。如於十二月三十日起算，約定二個月之期間。至次年二月無相當之日（即三十日），則以二月之末日（二十八或二十九）爲期間之末日。

四、年齡計法　年齡自出生之日起算（一二四條一項）。關於年齡之計算，其出生日應否算入，自來學說甚多。而各國立法例亦不一致。然出生日之亦應算入者實合於人類生活之觀念。故法律特爲規定之。又出生之月日無從確定時，推定爲七月一日出生。知其出生之月。而不知出生之日者，推定爲該月十五日出生（同條二項）。

第五章　消滅時效

第一節　總論

第一　時效之意義

時效（Praescriptie, prescription, Verjahrung）者，以時之經過爲必要之法律事實也。由此等法律事實所生之法律效果，在各國法制，雖不必盡同。而其以時之經過爲必要，及發生私生上效果兩點，則無差異。

第二　時效之沿革

（1）羅馬法　時失制度，在羅馬法發達甚早。茲分爲取得時效與消滅時效而說明之如次。

（a）取得時效（Usucapio）　Usucapio 乃由使用而取得之義。取得時效乃長期占有他人所有物，即取得其物之所有權之制度也。此種制度，羅馬十二銅標法中，既已存在。其初占有之期間甚短。在動產占有一年，在不動產占有二年，即取得所有權。然此制度屬於市民法。僅能適用於羅馬市民及意大利領內土地。嗣後羅馬殖民地迫於實際上之必要，亦發達同樣制度。若占有人及所有人住於同一州內時十年，否則二十年間占有他人之土地時，取得其所有權。此制度之期間，較前者爲長。故稱爲長期時效（Prescriptio lougi lempolis）。後至 Justinian 帝時，廢止兩者之區別，而合爲統一之制度。關於動產，雖採 Usucapio 之規定

。而關於不動產，則採長期時效之規定，別為十年與二十年。此制度係關於權利取得，故後世稱為取得時效。

(b)消滅時效（Praescriptio）：消滅時效，原來係關於訴權（Aotio）之制度。在羅馬市民法，訴權不因時間之經過而消滅。故訴權一旦成立時，即永久存在。然法官（Praotor）所賦與之訴權，原則上須於一定期限內行使之。於是生永久訴權（Actio perpetua）與有期限訴權（Actio temporoles）之區別。嗣由Theodosius二世之命令，規定一般訴權之消滅時效為三十年。然猶保留舊日之名稱。稱經三十年消滅之訴權為永久訴權。稱短期者為有期訴權。Justinian帝之立法亦從之。

由此觀之。此二種制度，在羅馬法上，其發達之時期實有不同。其要件及效果亦異。即一存在於十二銅標法。一起源於法官之命令。一以占有為基礎。一係權利之不行使。一關於權利之取得。一關於權利之消滅。故以後之羅馬法註釋派之學者，解釋兩者為統一之制度，純出於誤解也。

(2)德國法　所謂羅馬法註釋學者，以時效為統一之制度。而別為取得時效與消滅時效之二種。自Savigny以後，普通法時代之學者，極力指摘羅馬註釋派之誤謬。謂取得時效與消滅時效，性質各異。一則有直接取得權利之效力。一則無直接消滅權利之效力。Windscheid更闡明訴權之消時效，並非關於公法上之訴權。乃私法上之請求權能因消滅時效而生拒

絕請求之抗辯權。嗣後德國民法遂採此見解。完全以之為兩種不同之制度。將取得時效規定於物權編。將消滅時效規定於總則編。我民法倣之。

（3）法國法　法國民法以時效為單一的統一制度。而概括的規定取得利權及免除義務之方法（法民二二一九條）。而兩者非經當事人援用，法官不得以職權適用（法民二二二三條）。日本民法效之。法民法之統一的制度與普魯士民法，與大利民法相同，完全為羅馬法註釋派之誤解所支配也。

（4）英國法　英法之時效制與大陸諸國不同，乃獨立之制度。不受羅馬法之影響。又非單一的統一制度。關於不動產，有出訴期限法(Real property Limitation Act)。關於動產及債權，有出訴期限法（Statute of Limitation）關於不動產之限制物權，有取得時效法（Praescription Act）而已。關於一般的取得時效，則未設規定。

第三　時效制度之理由　所謂權利，原則上有排除事實狀態之效力。而時效則予永續的事實狀態以較權利更強之效力。於是此等事實狀態，反能排斥權利，而受法律之保護。故時效制之立法理由，殊有研究之必要。

永續的事實狀態，足以成立一種社會的秩序。普通莫不視此永續的事實狀態為適法。往往因此發生種種法律關係及事實關係。若經若干年後，一旦復以往日之證據材料而確定原權利人之權利，以顛覆此社會的秩序時，殊有害於社會之公益。若犧牲社會之公益，而認原權

利人之權利者，實反乎法律之目的。此所以認時效制之主要理由也。要之，法律須保護因永續的事實狀態所成立之社會秩序，而不許原權利人主張其自己之權利。其他尚得舉種種附隨的理由。其一，永續的事實狀態，普通概認爲正當成立之事實狀態。其二，長久不行使自己權利之人，不啻睡眠於其權利之上。縱使喪失權利亦不爲酷。總之。時之力之不可否認者，乃認時效之重要理由。以之與習慣法相比較。習慣法者，時之力及我客觀的法律之上。時效者，時之力及於主觀的權利之上者也。

時效制度既基於維持社會秩序之公益上理由，則關於時效之法規，原則上爲強行法規。故以權利人義務人之契約，排除時效法規之適用，或延長時效期間，或增加中斷事由，使時之完成困難者，皆不能認爲有效也。

第二節　消滅時效

消滅時效（Erloschende Verjahrung）者，於一定期間內不行使權利，而致權利消滅之法律要件也。

（1）須經過一定期間　其期間之長短，雖因各種權利而有所不同。但須爲法律所定之期間，故不以時之經過爲要素者，則非時效也。

（2）須繼續不行使權利　僅有時之經過，尚不能完成時效。於其時之經過期間內，尚須權利不行使之事實狀態之繼續。此種事實狀態，與時之經過相結合，形成法律狀態。而爲喪

失權利之原因。

（3）時效乃法律要件　民法第一二五條規定請求權因十五年間不行使而消滅。則消滅時效並非權利喪失之推定。又非權利喪失之證據。乃權利喪失之原因也。

消滅時效與除斥期間（Ausschlussfrist 或豫定期間（Delai prefix）之性質不同。所謂除斥期間或豫定期間，亦因時之經過而消滅權利，此點與消滅時效相類似。然其性質及效果，則大有差異（Grawein, Enneccerus Oertmaun 反對 Wendt）。蓋除斥期間，乃法律爲一定權利所豫定之存續期間。而消滅時效則不然。乃因權利之不行使，而消滅其權利。非豫定其權利於一定期間內之存續也。前者有爲時所限定之性質。後者則否。所謂時效中斷之制度，係因此理由也。兩者之性質，既大不相同。故其效果，亦有重大差異。分述於次。

（1）除斥期間在法律上當然有消滅權利之效力。而消滅時效僅能使債務人取得拒絕請求之抗辯權，前者雖不許拋棄，而後者則否。

（2）時效期間有時因中斷及停止而延長。除斥期間乃不變期間。絕不因何等事由而延長。故又稱爲豫定期間。德國民法有不因中斷停止而延長之除斥期間，與準用中斷之規定或特別規定中斷事由之除斥期間兩種。學者稱前者爲純粹的除斥期間（Reine Ausschlussfristen）。後者爲混合的除斥期間（Genischte Ausschlussfristen）。我民法不認混合的除斥期間。其立法上之當否，茲不論及。

（3）時效時間與除斥期間區別之標準，大都祇能根據於法文之文意而推斷之。例如法文中有使用「因時效」「因幾月年不行使」等之文字者，概屬於前者。否則屬於後者。

第三節　消滅時效之要件

何種權利得因消滅時效而消滅，民法雖依德國民法（一九四條）及瑞士債務法於一般消滅時效，僅就請求權有規定。一若惟有請求權始有消滅時效者。但同時於特別之消滅時效，就請求權以外之權利，亦設有規定（如四一六條四一七條五一四條等）。故解為得經消滅時效者，並不以請求權為限。茲分別論述如次。

第一、財產權

（1）請求權　不問其為作為之請求權，抑為不作為之請求權（參照一二八條），均得因時效而消滅。其期間除有特別規定外，應適用一二五條之規定。

（2）所有權　所有權不得因消滅時效而消滅。他國民法，亦有以明文規定者（日民一六七條）。我民第六章所規定者，僅限於請求權，亦可為同一解釋。蓋所有權非如債權等為動態的權利，而為靜態的利。其權利本身，自不能因不行使而因消滅時效消滅也。至所有權因取得時效之間接效果而行消滅，乃屬當然。由所有權所生之物權的請求權，即所有物返還請求權與妨害除去請求權，得因消滅時效消滅與否，學說有二。

（a）肯定說　謂此種請求權，既久不行使，實有害社會秩序、自仍應與一般請求權同

視，使之消滅，方合於消滅時效之精神。

（b）否定說　謂所有權本身既不能因消滅時效而消滅。則由其所生之物權的請求權自亦不能因消滅時效而消滅。

就我民法九六三條之規定觀之，似應採肯定說（陳瑾昆氏民法通義總則編三五零頁）。然九六三條所規定之期間，應解為除斥期間而非時效期間（松岡氏物權法一六五頁）。蓋此兩種請求權之行使，須以訴訟方法故也。日本鳩山氏以前採肯定說，現已改為否定說。謂物權的請求權雖與普通的債權之請求權相類似而實有不同。債編之規定，僅能於容許之範圍內，準用於物權的請求權。所有權於其圓滿狀態被妨害之間，乃不斷的發生返還請求權與妨害除去請求權。故物權的請求權不能因消滅時效而消滅云。所謂物權的請求權，乃以完全發揮其基本物權為目的，故於此範圍內，方能存在。若基本物權一旦消滅，則物權的請求權當然歸於消滅。又於基本物權之存續期間內，物權的請求權不能單獨因消滅時效消滅也。不然者，事實上將有所謂無物權的請求權之物權。此種物權，僅有物權之名而無物權之實矣。

（3）担保物權　担保物權不能先於債權因時效而消滅，乃為學說所公認。蓋此項權利，乃為從屬於債權之權利。且法律有特別規定，於債權之請求權經時效消滅時，尚不消滅（一四五條一項八八零條）。担保物權之不能受消滅時效之適用者，更屬顯然。

（4）與一定事實關係或法律關係相終始之權利　如相鄰權（七七四條以下）及共有物分

制請求權（八二三條），在相鄰關係或共有關係存續期間內，乃當然存在。自不能因時效而消滅。

（5）形成權　形成權中之撤銷權及契約解除權，民法設有特別規定（四一六條二項四一七條五一四條）。則自可依此特別規定之消滅時效而消滅。但抗辯權乃須有他方之請求，方能行使。不能依時效而消滅也。

第二非財產權　消滅時效之制度，僅能適用於財產權。故非財產權如人格權身分權，其本身不能因時效而消滅。但由非財產權所生之請求權，若有財產上之價值，除贍養費已有明文規定外（一二六條），亦可適用消滅時效之規定。

第四節　消滅時效之期間

請求權因十五年間不行使而消滅。但法律所定期間較短者，依其規定（一二五條）。茲所謂請求權，乃指私法上之請求權而言。非指公法上之請求權即訴權也。又我民法僅規定請求權之消滅時效(Vnspruchs Sverjahrung)而不規定債權之消滅時效者，與德國民法同。而與日本民法異。蓋請求權消滅之結果，不過成立一種抗辯權，使債務人得以拒絕債權人之給付請求而已。債權並未消滅也。

羅馬法及德國民法，稱消滅時效已完成之債務為自然債務(naturalis obligatio)。此種債務，仍認為存續。債權人雖不能受訴權之保護。然債務人任意履行債務時，則不得以不當得

利爲理由而請求返還(法民一二三五條)。德國雖無明文規定。而學者大都認此種債務及其他債務爲自然債務。我民之解釋，亦應從之，請求權已經因消滅時效而消滅之債務，應視爲自然債務也。

一二五條所規定之請求權，乃指一二六條一二七條及其他特別規定以外之請求權而言。其成立原因是否爲法律行爲，是否經確定判決，是否作成公認證書，爲主債權之請求權抑爲從債權之請求權，非所問也。然物權的請求權，則不包含。

請求權之消滅時效，亦有長期短期之別。其期間自請求權可行使時起算。但以不行爲爲目的之請求權，則自爲行爲時起算(一二八條)。請求權消滅時效之期間，以十五年爲原則。但依權利之性質，有規定較短之期間者。

(1)五年之時效期　利息、紅利、租金、贍養費、退職金及其他一年或不及一年之定期給付債權，其各期給付請求權因五年間不行使而消滅(一二六條)。此等債權大都爲一年或不及一年之定期給付債權。且其債權額亦不甚大。若經時過久，其法律關係易致曖昧。故法律規定五年短期之消滅時效。

所謂定期給付債權(Rente, Renta)者，於一定或不定之期間，以定期受領金錢及其他不特定物之給付爲必要之債權也。其特質爲每經過一定期間即須爲一定給付。且有發生每期給付之基本債權。其給付不必限於金錢。其存續期間之爲永久，爲終身，爲一定期間，均非所

間。不過定期給付債權之性質上，須有爲定期給付之反復期間而已。

因一定期間之經過，而生爲一定給付之債務。此法文所以稱爲定期給付債權也。然每期所生之給付債權，須基於該債權之性質上之必要。如將買賣之價金定爲月付，消費借貸之金錢定爲年付時，非吾所謂定期給付之債權也。關於此等年付月付，乃當事人將普通債權之清償期分爲數期。即將債權分割，而定各部分債權行使之時期而已。須依一二五條之通則，以定各部分債權之消滅時效之進行。

除以每期給付爲目的之債權之集合外，尚須有生此債權之基本債權。此基本債權，稱爲定期給付債權。如每年受千圓之終身定期金債權，及每一年生千元之債權是也。每年給付債權與定期給付債權之關係若何，見解歧而爲二。有主張基本債權成立時，則每期給付債權即行成立。期間之經過，不過爲清償期之屆至者。又有主張因期間之經過，即發生每期給付債權者。然終身定期金之每期債權，究應於何時發生，殊爲不明。故每期給付債權，須解爲因時間之經過而成立也。

（2）二年之時效期，以二年爲時效期間之請求權如次（一二七條）。

（a）旅店飲食店及娛樂場之住宿費飲食費座費，消費物之代價及其墊款。

（b）運送費及運送人所墊之款。

（c）以租賃動產爲營業者之租價。

(d)醫生藥師看護生之診費藥費報酬及其墊款。

關於此等債權之消滅時效起算點，法律無規定。關於醫生所有之債權，在法國議論尤烈。有主張因由每一次診治或每一次手術，成立一個債權。而使其即進行消滅時者。有謂雖可使其成立各個債權，然不能即時請求。須由疾病之終了，在長期之疾病，須由如年末等一定時期進行消滅時效者。又有以年末為得行使債權之時間者。法國判例則以病人與醫生斷絕關係時為消滅時效進行時期。我民法既無規定。若當事人（病人）與醫生有特約，則依其特約。若無特約，而有習慣時，則依習慣。否則依一二八條之通則以定之。

(e)律師會計師公證人之報酬及其墊款。

(f)律師會計師公證人所收當事人物件之交還。

物件之返還請求權，不僅限於基於所有權之物上請求權。如該物件係由他人借來，則當事人自己對該物件雖無所有權，亦得請求返還也。時效起算點，乃職務執行終了之時。如僅委任第一審之訴訟代理時，則自第一審終局判決時起，進行消效時效。若係委任迄終審止之訴訟代理時，則自判決確定時起，進行消滅時效。

(g)技師承攬人之報酬及其墊款。

(h)商人製造人手工業人所供給之商品及產物之代價。

以上各種債權，在吾人日常生活中發生最多。且往往不給收據。若為期過久，殊不易證

明。故諸國法制，莫不規定短期之消滅時效，以從速確定其法律關係。且使權利人從速行使其權利也。

第五節　消滅時效之進行及完成

消滅時效乃以經過法定期間不行使權利爲其成立要件。此期間之開始，曰消滅時效之進行。又曰消滅時效之起算。此期間之屆滿，曰消滅時效之完成。又曰消滅時效期間之終止。民法就請求權設有一般起算點之規定。即請求權之消滅時效，自請求權可行使時起算。以不作爲爲目的之請求權，自行爲時起算（一二八條）。所謂權利可行使者，即謂行使權利無法律上障礙也。若僅有當事人之事實上之障礙，時效仍不妨進行。其是否有法律上之障礙，雖須各種權利而觀察之。玆略述一般可適用之原則如次。

(1)權利行使之事實上之障礙，自不能有礙時效之進行。如權利人之不在，疾病，固不待言。至因天災及其他不可避免之事變，使權利之行使發生困難時，亦然。

(2)權利人一身上之障礙，亦無影響。如當事人無能力且缺乏法定代理人是。

(3)附着於權利上之法律上之障礙，不問其種類若何，皆有礙時效之進行。關於未成立之權利，附停止條件之權利，附始期之權利，其消滅時效不開始進行。迨其權利成立，條件成就，始期屆至時，若無其他故障，其消滅時效方行起算。

債權定有履行期時，則不問其期限爲確定的抑爲不確定的，迨其期限到來，時效方始進

行。迨期限到來以後，當事人更定有猶豫期間者亦同。債權未定履行期者，時效之進行由債權成立時起抑由催告時起（參照二二九條二項），學說上有爭執。以前說爲當。附有抗辯權之請求權，是否可阻礙時效之進行，古來議論不一。有謂時效之進行不因此受影響者（Savigny）。有謂原則上應停止時效之進行者（Windscheid）。有主張應分別抗辯權之種類而研究之者。所謂抗辯權乃滅却或減殺請求權之效力之反對權。由此觀念，即可分爲滅却抗辯權（Peremptorische Einrede）與延期抗辯權（dilatorische Einrede）兩種。前者通說皆謂不礙時效之進行（Dernburg, Oertmann, etc）。如抵銷之抗辯是。蓋附有此種抗辯權之請求權，其效力較普通之請求權爲弱。若使其停止時效之進行時，反使其效力強大故也。反之。在延期抗辯權，其權利之行使，可謂爲有法律上之障礙。非權利人除去其障礙，時效自應停止進行。如同時履行抗辯權，非請求權人清償自己之債務或爲履行之提出，而排除法律上之障礙時，時效不開始進行。

關於不作爲之請求權，應自何時起進行時效，學說亦有議論。民法倣德國民法（一九八條二項）以明文解決之。即自有違反之行爲時起，進行時效。蓋在未有違反行爲以前，權利仍在滿足狀態。權利人並無爲何等行爲之必要。故須於有違反之行爲之時，始得稱爲行使權利之時。自此時起，仍不行使權利，滅消時效方能進行。

第六節　時效之拋棄

時效之利益，不得豫先拋棄(一四七條)。時效之利益之拋棄(renonciation a la prescription)者，當事人表示其不受因時效完成所得之利益。即因時效完成而免除義務之人，表示其不免除義務是也。此種利益，不得豫先拋棄。如時效期間進行前所爲之拋棄的意思表示，固可謂爲豫先拋棄。而在時效進行中所爲之拋棄的意思表示，須分別論之。如僅拋棄已經過去之時效期間之利益，仍可有效(鳩山氏富井氏)。若係拋棄將來未完成之時效利益時，則爲豫先拋棄也。法律所以禁止豫先拋棄時效利益，乃基於時效制度之理由。即由公益上理由所規定之時效制度，不許以私人之意思表示而任意左右之。若債權之消滅時效之利益，可以豫先拋棄時。則債權人可常強迫債務人爲此拋棄之意思表示。其結果等於排除時效之適用。殊與設時效制度之公益上目的相反。故諸國法制，莫不禁止事前之拋棄(德民二五五條法民二二二〇條)。

於時效完成後所爲之時效利益之拋棄，通說皆解爲有效(Staudinger Riezler 富井氏梅氏岡松氏中島氏)。余亦採此說。蓋一四七條之反面解釋，拋棄已完成之時效利益。應解爲有效也。拋棄之結果，從來之權利義務仍然存續，並非贈與已經消滅之權利，或負擔已經消滅之義務也。故原債權之擔保物權如質權抵押亦依然存續。以時效爲權利消滅之絕對原因學者，於說明拋棄之性質時甚感困難。茲說重要的二種學說如次。

(1)贈與說　謂時效乃權利喪失之絕對原因。故時效完成後所爲之拋棄，係將已經取得

之權利從新讓與於原權利人。或從新負担已經免除之義務（Laurent）。然此說關於拋棄之效果一點，與當事人之意不符。蓋當事人爲拋棄之意思表示時，僅有使時效之效果不發生之意思。而無於時效發生效果以後，而更爲贈與之意思。故贈與說不僅與當事人之意思相反。且與意思表示之法理不合。於此意義而認時效之拋棄時，雖有拋棄之名，而無拋棄之實矣。

（2）承認說　謂時效乃權利喪失之原因。其理論上之結果，拋棄雖應解爲既取得權利之拋棄，既消滅債務之負担。然拋棄之意義，不在此點。所謂時效之拋棄乃承認已完成之時效爲未完成而已（富井氏）。謂拋棄之性質並非贈與，而認從前之法律關係依然存續者，乃此說之特長。且此說不僅合於拋棄之性質，並與當事人之意思亦不相違背。然如此解釋，殊難認時效爲絕對的喪失權利之原因也。

比較適當之解釋須以拋棄爲當事人所爲不受時效利益之意思表示。且因此意思表示而生時效不完成之效果也。蓋法律對於當事人無強其必受時效效果之理。故當事人爲不受時效利益之意思表示時，法律即須認其意思表示之效力。如此解釋，方足以適合於當事人之意思。且與意思表示之法理不相違背也。

拋棄既爲不受時效利益之意思表示。故與時效中斷原因之承認不同。若不認識時效之完成，則不能爲拋棄之意思表示。

關於拋棄之能力及效果，法律無特別規定。然拋棄乃消滅既完成時效之效果之行爲。故

為一種處分行為。須有處分之能力及權限也。

拋棄乃單獨行為。且為有相對人之單獨行為。其意思表示須向因時效之完成而受不利益之當事人為之。其與贈與不同之點，拋棄雖不須相對人之承認，但須為有相對人之意思表示也。

以使時效之完成發生困難為目的之法律行為，與預先拋棄時效之性質頗相類似。故民法第一四七條規定，時效期間不得以法律行為加長或減短之（德民二二五條）。蓋此種法律行為，與設時效制度之公益上之理由相背馳故也。如於權利可以行使時，而使消滅時效不起算。時效期間已具備法定要件，而使其不進行之行為，固可謂為延長時效期間之行為。但定債務履行期之行為，雖能使迄履行期止，時效不開始進行。然不能解為延長時效期間之行為也。

第七節　時效完成之障礙

時效進行後，因一定之事實狀態之存在，而不能完成。所謂時效中斷及停止(不完成)是也。兩者併稱之為時效完成之障礙。

第一款　中斷

時效之中斷(interruption, Unterbrechung)者，於時效進行中，因發生與時效之要素相反之事實，而使其所經過之期間歸於無效之謂。以之與時效之停止 (Hemmung, Suspension) 相比較。兩者雖統稱之為時效進行之障礙。然後者僅在障礙事由存在期間內，妨礙時效之完

成而已。反之。前者在障礙事由除去以後，並非繼續障礙發生前之期間而進行時效，乃將以前所經過之期間全成歸無效也。故在停止，時效之起算日，在停止以後。一旦時效完成時，其效力溯及停止以前。在而中斷，則自中斷以後，從新起算時效之期間。

法國民法（二二四二條）分時效中斷為自然中斷（interruption natnrell）與法定中斷(interruption civile)兩種。前者因喪失時效要素之外形的事實，時效當然中止進行。即因喪失占有而取得時效中斷者，稱為自然中斷。由法律所規定之行為，而中斷時效之進行者，稱為法定中斷。我民法於物權篇之取得時效，有自然中斷之規定（七七一條）。本節所規定者，僅限於法定中斷而已。

中斷事由可大別為二。第一由於因時效受利益人之行為者。第二由於因時效受不利益人之行為者。前者一二九條所規定之承認是也。後者立法例又分二。第一為必限於訴訟上者，為德法及法法所採用（德民二〇九條法二二四四條）。乃係承襲羅馬法之先例。第二。不必限於訴訟上者，為日本民法所採用。即認權利人之催告為中斷事由之一（日民一五三條）。我民法亦然。一二九條所規定之請求是也。

（1）請求　乃指裁判外之請求而言。即因時效受不利益當事人，對於相對人主張其權利也。若在債權通常為要求履行（即催告）。但僅要求承認亦可。

關於請求之方式，法律無限制。債權人自己或由代理人，承發吏為請求，以口頭，以書

而爲請求均可。不過爲保留後日證明時效中斷之證據起見，書面之請求較口頭之請求爲有力的中斷事由而已。

由於請求之時效中斷，受有巨大之限制。即時效因請求而中斷者。若於請求後六個月內不起訴，視爲不中斷（一三零條）。蓋權利人爲請求後，義務人如未之應，而權利人仍行放置，則可謂爲無行使權利之意思。故民法視爲不中斷。又催告後六個月以內義務人爲承認時。則權利人往往信賴此種承認而不爲裁判上之請求。故應使請求效力繼續。而於承認時認時效中斷之效力。

由於請求之時效中斷，是否由請求終了時起，依一二零條二項之規定，由其翌日開始進行。爾後更由裁判上之請求，再認時效中斷之效力。或由於請求之時效中斷之效力繼續至爲裁判上請求時止，而以裁判之終了爲中斷事由之終了。解釋上成爲問題。若以請求與裁判上之請求兩者相合而爲一個中斷事由時，固應依後者之見解。若以請求爲一獨立之中斷事由，不過爾後須發生他之獨立中斷事由（即裁判上之請求）時，則應依前者之解釋。然無論依何見解，其結果無若何之差異。

（2）承認　承認者，受時效利益之當事人，表示認識債權人之權利之存在之行爲也。債務人爲此行爲時，債權人往往信賴之而不行使權利。自不能謂爲有怠於權利之行使。故須使其發生時效中斷之效力。

承認是否爲意思表示，學說上有議論。德國多數學者，皆不以之爲意思表示（Planck, Kipp, Oertmann, Crome, Gareis, Neumann, Riezler, etc. 反對 Endemann, Holder)。日本學者，亦以之爲意思表示（岡松氏梅氏平沼氏反對中島氏）。然承認既無從新負担債務之意思，又無欲以此發生時效中斷之效果之意思，不過認識債權之存在而已。故不應視爲意思表示，而爲一種觀念通知也（鳩山氏川名氏）。

承認須對於相對人表示之。此點法律雖未明白規定，但觀念通知準用意思表示之規定。且考諸承認之所以爲中斷事由之理由，尤須以相對人表示爲必要。如德國民法所例示之一部清償支付利息提出擔保及其他方法而承認債務時，非對於相對人表示之，則不生時效中斷之效力。若僅以債務人知債務之存在爲中斷事由時，則惡意之債務人，勢必不能受時效之利益。殊有埋沒法律之所以就承認不分善意惡意之趣旨也。若已對相對人表示，則其表示之爲書面或口頭，在所不問。

承認祇能於時效期間進行中爲之。在時效期間進行前，固不得有所謂承認。而在時效完成後，亦不能有所謂中斷。故在時效進行前完成後所爲之承認，自不能認爲有時效中斷之效力也。不過知時效完成所爲之承認，生拋棄之效果而已。

由於承認之時效中斷，於其承認之觀念通知達到於相對人時，發生效力。新時效由承認達到之日開始進行。

（3）起訴　起訴者，因時效受不利益之當事人。對於法院主張其權利存在之謂也。其訴爲履行之訴，確認之訴，本訴，反訴，附帶私訴，在所不同。因起訴而時效中斷者，是否由當事人，提出訴狀於法院卽可，抑須由法院將其訴狀送達於相對人，方能生中斷之效力。學者有謂發生訴訟拘束之時期，乃訴狀送達之時。應以此時爲中斷之時者。然生訴訟拘束之時期與時效中斷之時期，不必在同一時期。故民法一二九條規定以起訴爲中斷時期（德民二〇九條），不必俟其訴狀送達於相對人也。

以起訴爲時效中斷事由，乃條件的而非確定的。如當事人撤回其訴，或因不合法受駁回之判決，其判決確定時，不生中斷之效力（一三一條）。蓋撤回其訴，是當事人自願拋棄其依訴而受保護之請求權。又因不合法而受駁回之判決，其判決確定時，其訴旣爲無效。故不不生中斷之效力。乃當然之理也。外國法制有以訴之駁回爲基於管轄錯誤之理由時，不使其當然喪失時效中斷之效力。若於駁回後之一定期間內，提起適法之訴訟時。則可補充以前起訴之中斷效力者（德民法二一二條法民二二四六條瑞債一五八條）。我民法旣無此類規定，自不能爲同一解釋。

附帶私訴因有民訴之性質，故足以生時效中斷之效力。但行政訴訟及行政訴願，則並非依民訴之程序而主張權利者，故不能謂爲起訴。蓋依是等程序，固能間接影響於私權。然其直接之目的，則在求行政處分之撤銷或變更。均不能因此而生時效中斷之效力。

(4)與起訴有同一效力之事項，又分爲五。

(a)依督促程序送達支付命令　督促程序者，以請求對於債務人發支付命令(zohlung-sbefehl)爲目的之特別訴訟程序也。依督促程序送達支付命令之時，即生訟訴之拘束(權利拘束)。故能發生時效中斷之效力。然督促程序，係一種簡易訴訟程序與通常之訴訟程序大不相同。故其訴訟拘束之效力亦非確定的。若債務人對於支付命令聲明異議，而債權人不於法定期間內提起正式訴訟，則訴訟拘束即喪失效力。時效中斷之效力亦自始不存在(一一三二條)。

時效自中斷事由終了之時，更開始進行。關於由於支付命令之中斷事由之終了，須區別債務人聲明異議與否而研究之。若債務人未聲明異議，則以聲明異議之期間滿了之時，爲中斷事由終了之時。若債務人聲明異議，債權人不於法定期間內提起通常訴訟　則中斷之效力歸於全滅。固不發生題問。若債權人於法定期間內提起正式訴訟，而訴訟拘束仍不喪失效力時，則以通常訴訟之終結爲中斷事由之終了。

(b)因和解而傳喚　因和解而傳喚者，因和解而有裁判上之傳喚也。在通常情形，當事人於起訴之前，得將請求之目的開呈於法院，請求法院傳喚相對人到庭和解。因和解而傳喚，是權利人既爲主張其權利之表示。故能發生時效中斷之效力。但於此情形，相對人不到法庭，或和解不成立(一三三條)，仍不發生時效中斷之效力。蓋此時權利人並未完全行使其權

利，故不使發生時效中斷之效力。

(c)報明破產債權　卽破產債權人報明其對於破產人之債權也。破產債權之報明，是債權人旣爲主張其權利之表示。故能發生時效中斷之效力。但債權人撤回其報明，仍不發生時效中斷之效力(一三四條)。蓋債權人撤回其報明者，與未經主張其債權無異。故不能發生時效中斷之效力。

破產宣告之聲請，是否可以爲時效中斷之事由，尚有爭論。有主張其爲一種裁判上之請求，可以爲中斷事由者。有謂聲請卽屬破產程序之參加，故應有中斷之效力者。又有聲請並非破產程序之參加亦非裁判上之請求，故不能爲中斷事由者。(富井氏中島氏三潴氏)然破產宣告之聲請，與裁判上之請求卽起訴自有不同。第二說與我民法之規定不合。以第三說爲當。

(d)告知訴訟　訴訟告知者，原告或被告對於第三人，促其參加，通知其訴訟現在存在之謂也。訴訟之告知，是卽對於義務人主張其權利之表示，故能發生效時中斷之效力。但告知人於訴訟終結後，六個月內不起訴，視爲不中斷(一三五條)。蓋告知人於訴訟終結後六個內不提訴訟時，是爲未完全行使其權利。故不能發生時效中斷之效力。

(e)開始執行行爲或聲請強制執行　此二者皆權利人爲主張其權利之表示，故能發生時效中斷之效力。但因開始執行行爲而時效中斷者，若因權利人之聲請，或法律上要件之欠缺，而撤銷其執行處分者，仍不生時效中斷之效力(一三六條)。因聲請強制執行而時效中斷者

，若其聲請被駁回，或自行撤回其聲請者，仍不生時效中斷之效力（一三六條二項）。蓋上述情形，與未開始執行行爲，未聲請強制執行無異。故不能發生時效中斷之效力。

（5）時效中斷之效力　時效中斷者，自中斷之事由終止時，重行起算（一三七條一項）。因起訴而中斷之時效，自受確定判決，或因其他方法訴訟終結時，重行起算（同條二項）。

中斷之效力乃使過去已經經過之時效期間全歸無效（德民二一七條）。且在中斷事由存在期間內，不使新時效進行。所謂中斷事由終止之時，須就各種中斷事由而研究之。法律所規定之訴訟終結，乃指判決確定而言。

中斷後所進行之時效，是否爲新時效。學者間亦有爭執　。多數學者皆主張爲新時效（Oeltmann 富井氏岡松氏反對川名氏 Goldmann-Lilionthal）。我民法所謂重行起算，自應採多數之解釋。

中斷後，從新進行之時效起算日，並非在中斷事由終止之瞬間，須依民法一二〇條二項之規定，由終止之翌日開始進行。

此時尚須具備時效之成立要素。若權利人處於法律上不能行使權利之地位時，則須依一二八條之規定，自其權利可以行使時起，進行時效（Gertmaun）。因判裁上之和解而時效中斷。其和解時，若新定債務履行之期限。縱以前之債權爲無期限，而中斷後之時效，則須於

新定期限滿了時起，開始進行也。

中斷後之時效，其期間不因中斷而延長。法國民法及其法系之民法一般使短期時效於中斷後變為長期時效。又德國民法（二一八條）亦以由判決所確定之請求權，其消滅時效為三十年。又由裁判上之請求所中斷時效，亦變為三十年之長期時效。我民法均不採用之。

時效中斷之效力，僅及於當事人及其繼承人受讓人（一三八條）。故第三人既不能因時效而受利益。又不能因時效而受損害，茲所謂當事人，並非指時效之當事人。乃指中斷之當事人而言。縱係因時效之完成而有利害關係之當事人，若未關與該中斷行為時，非茲所謂當事人。蓋本條規定，係為使未關於中斷事由之時效當事人不受中斷之效力而設故也。如義務人有二人，對於其中一人所為之中斷行為，其效力不及於他之一人也。

所謂繼承人與普通稱繼承人之意義相同。茲不贅述。

民法於各處尚設有本條之例外。如關於保證債務，向主債務人請求履行，及為其他中斷時效之行為，對於保證人亦生效力（七四七條）。其適例也。

第二款　時效之停止(不完成)

時效期間進行後，因一定事由而停止進行者，學說上稱為時效之停止（Suapension, Hemmung, Ruhen）。停止事由發生以前所經過之期間，不使其歸於無效者，乃停止與中斷不同之點。關於停止之立法例在二。德法兩系之民法，不問停止事由係發生於時效進行之始，或

進行中，抑進行之終，均認其有停止時效之效力（德民二〇二條至二〇五條法民二二五一條以下）。反之。日本民法則僅限於停止事由發生於時效期間進行之終，始認其有停止時效之效力。此又稱爲完成之停止。我民法係採第三主義。不稱曰停止而逕稱曰時效之不完成（Ablautshemmung）。

外國法律上之停止，僅將停止事由之存續期間，由時效期間除外。而合算其停止事由之前後之期間爲時效期間。然我民法上之停止，並非於停止事由消滅後，再經過殘餘之時效期間而完成時效，乃須經過法律所定之期間。故合算停止事由前後之期間，不一定爲時效期間。如關於才五年之時效，其完成一年以前有一四一條所規定停止事由發生。而時效期間不因此事由發生即停止進行。尙可進行六個月之時效期間。至完成前六個月方行停止進行。其事由消滅後再經過六月個，時效即完全成。此時停止事由消滅以後所必須經過之期間，雖與時效之殘餘期間相等。然若時效完成前三個月發生停止事由時，其事由消滅後尙須經過六個月之期間，其時效方能完成。則停止後所必須經過之期間與時效之殘餘期間（兩個月）不同也。

停止後所須要經過之期間與時效之殘餘期間其長短雖有不同。然其期間之性質，尙不失爲時效期間，而非預定期間。蓋權利之存在期間，並不能以停止事由之發生而當然限定。故於其期間內發生中斷事由，則非再經過全期間，其時效不完成。又新發生停止事由，更須停

止。

不完成之事由，民法所規定者爲五種，然可大別爲四種。

（1）由於事變之停止（不完成）時效之期間終止時。因天災或其他不可避之事變，致不能中斷其時效者，自其妨礙事由消滅時起，一個月內，其時效不完成（一三九條）。

（a）妨礙事由須存在於時效完成之時，即終止之時。德國民法雖規定時效完成前六個月，我民法爲縮小時效停止之範圍，故規定終止之時。若將本條終止二字，解爲時效完成之瞬間，未免爲文字所拘泥。其妨礙事由，縱令於完成前一日消滅，而最後一日有不能爲時效中斷之困難情形時，仍須認爲不完成也，關於中斷困難或不能之認定，皆覺委之法官之判斷。而法官須以交易之習慣等爲認定之基礎。如因當事人間之距離交易之性質之不同，而爲中斷行爲所需之時間亦不能不有差異。

（b）妨礙事由須爲天災及其他不可避之事變。關於事變之意義，法律未設解釋的規定。若妨礙事由，係因歸責於當事人即由於當事人之過失時，縱令其過失甚輕，亦不可稱爲事變。然以此猶爲未足，由事變之文字研究之，凡由於主觀的原因，皆應除外。如當事人之錯誤疾病不在等，縱令非基於當事人之過失，亦不可稱爲事變也。本條所規定之妨礙事由如地震海嘯洪水等之天災，及其他如戰爭暴動流行病等，所謂由外來之妨礙，到底不能以通常手段而除去者也。

（c）須不能中斷　俾以不能提起訴訟，尚係未足（反對德民），須無論何種中斷行爲，皆不能爲之。

（2）由於權利之不完成　屬於繼承財產之權利，或對於繼承財產之權利，自繼承人確定或管理人選定，或破產宣告時起，六個月以內其時效不完成（一四〇條）。蓋行使其屬於繼承財產之權利之人及對於繼承財產行使權利之人，有於繼承開始時尚不能確定。又於確定後，關於繼承財產之審查，又未免須多少之時間。故我民法倣德民（二〇七條）之規定，設此種停止事由。法國民法關於此點，殊欠完備（參照法民二二五八條）。

關於繼承人之確定及管理人之選定，屬於繼承編之範圍，茲不贅述。

（3）由於權利人不完成（a）由於能力之絕對不完成　無行爲能力人或限制行爲能力人之權利，於時效期間終止前六個月內，若無法定代理人者，自其成爲行爲能力人或其法定代理人就職時起，六個月以內，其時效不完成（一四一條）。

諸國法制對於因時效而受不利益之無能力人，莫不加以保護。至其保護方法，各國所採用者，不限一律。我民法係倣德民二〇六條之規定。

羅馬法對於未成年人及禁治產人，一般認時效之停止。法國民法（二二五二條至二二七八條）從之。然此等無能力及限制能力人若有法定代理人時，則無認時效停止而保護之之必要。我民法與德民相同，僅對於無法定代理人之無能力人及限制能力人而認時效之停止。法

特規定，無法定代理人，則法定代理人縱令因疾病等之理由，事實上不能爲未成年人行使權利，不能謂爲具備本條之要件(Planck, Oertmann, Staudinger, Riezler)。又苟無法定代理人，縱令有意定代理人，對於權利之行使事實上不發生障礙，亦可具備本條之要件，如得法定代理人之允許，未成年人設有意定代理人後，而法定代理人死亡是。

限制行爲能力人，在無須得法定代理人之允許而有行爲能力及訴訟能力之範圍內，縱令欠缺代理人，亦不受本條之適用。如民八五條一項之規定，允許獨立營業之限制行爲能力人，則就其營業與成年人有同一之能力，則就營業上之權利，縱令欠缺法定代理人，亦不能適用本條(Oertmann Riezler etc)。

（4）由於身分之相對不完成　無行爲能力人或限制行爲能力人，對於其法定代理人之權利，於代理關係消滅後一年內，其時效不完成（一四二條）。夫對於妻或妻對於夫之權利，於婚姻關係消滅後一年內，其時效不完成（一四三條）。此兩條規定與一四一條不同之點，並非認一般的時效之停止，僅限於無能力人與其法定代理人間，夫與妻間所有之權利義務，認時效之停止而已。故學者稱之爲相對的停止。

外國法制爲圖夫婦關係親子關係之圓滿起見，而於其關係之當事人相互間認時效之停止者（參照德民二〇四條法民二二五三條）。我民法僅於夫妻間之權利義務，認相互的時效之停止。而於無能力人與其法定代理人間，則認片面的時效之停止而已。

第八節 消滅時效之效力

我民法倣德國民法，規定請求權之消滅時效於總則編。請求權之消滅時效完成後，若為非債權性質之請求權，自應因時效而消滅。若為債權性質之請求權，則時效不能解為權利消滅之直接原因。即關於有債權性質之請求權，將債務與責任截然區別。消滅時效完成時，祇責任可免除。債務並不消滅。故債務人此時對於債權人祇有抗辯權。其結果如次。

（1）時效完成後，債務人得拒絕給付（一四四條一項）。故債務人受債權人之給付請求時，無論其為審判上審判外，如不為消滅時效之抗辯，仍應為給付。

（2）請求權已經時效消滅，債務人仍為履行之給付者，不得以不知時效為理由，請求返還。其以契約承認該債務，或提出擔保者，亦同（一四四條二項）。

主權利因時效而消滅者，其效力及於從權利。但法律有特別規定者，不在此限（一四六條）。蓋從權利從主權利之運命。通常主權利消滅時，從權利既應同時消滅（三〇七條）。則消滅時效之效力，自亦應同一論之。

以抵押權質權或留置權為擔保之請求權，雖經時效消滅。債權人仍得就其抵押物質物或留置物取償（一四五條一項）。此乃從權利從主權利之運命之例外。蓋請求權之所以經消滅時效，往往由權利人信賴擔保物使然。故法律定為不依上述之原則。但此項規定，於利息及其他定期給付之各期給付請求權，經時效消滅者，不適用之（一四五條二項）。

第九節　私權行使

（1）私權之行使（Ausuebung）私權之行使者，享受私權內容之利益之行爲也。有直接實現利益之享受者。有須與他事實相結合，方能實現利益之享受者。其享受利益之行爲，或爲法律行爲。或爲事實行爲。或爲裁判上之行爲。或爲裁判外之行爲。權利之行使，原則上非權利人之義務。權利人之行使其權利與否？原則上乃權利人之自由。故不行使權利，致損害他人時，原則上不能爲違法行爲。然法律有時因公益上之必要，使權利人負行使權利之義務。或以當事人之契約，亦不妨定行使權利之義務也。權利行使之問題，尤其關於有限生活資料之權利，如土地所有權行使之問題，在社會政策上大有研究之必要。

因權利之行使，而致損害於他人者，事屬常有。然法律於其分配社會之利益時，旣認一方之利權。則他方之蒙不利者，亦勢所難免。故適當行使權利時，縱致損害於他人，亦不謂爲能違反法律。但專以損害他人爲主要目的而行使權利時，卽爲權利之濫用。殊有背於公序良俗。爲法律所不許也（德民二二六條二四二條八二六條瑞民二條）。近世關於權利濫用之問題，頗爲一般學者所注目。故各國多以明文規定之。我民法一百四十八條規定「權利之行使不得以損害他人爲主要目的」。蓋採德民二二六條之規定也。

與權利之濫用有關聯之問題，卽欺罔法院而得不當之判決者，由此判決而爲扣押時，是否亦構成侵法行爲？解釋上頗有議論。日本大審院之判例，採積極說。然以消極說爲妥。蓋

由欺詐手段所得之確定判決，而爲強制執行時，若解爲侵法律行爲。則實質上足以左右確定判決之效果故也。

如得行政官署之許可，是否仍可以不構成侵法行爲？然行政官署，除特殊規定外，不得賦與侵害他人權利之權利。故縱有行政官署之許可，則侵害權利之行爲，不能謂爲權利之行使也。

一、正當防衛　對於現時不法之侵害，爲防衛自己或他人之權利所爲之行爲，不負損害賠償之責（一四九條）。此學說上所稱爲正當防衛（Notwehr）者是也。

防衛行爲者，爲防衛自己之權利所爲之行爲也。在往時法律尙未完備，權利之保護尙未充分之時，人民往往以自己之力，防衛自己之權利。故此時自衛權之範圍甚廣。迨時世進步，權利保護之制度，亦逐漸發達。於是自衛權之範圍，亦逐漸縮小。現今文明諸國，對於權利侵害之救濟，須依法律所規定之方法。不許個人之自力救濟。然公力救濟，其發動甚遲。若對於急迫不正之侵害，必須依公力之救濟時。是不啻袖手而待權利之侵害。於是法律設正當防衛之制度。以自力而防衛權利之侵害者，爲適法行爲。其趣旨與刑法上之正當防禦相同。

正當防衛之要件如次。

（1）須有他人之不法行爲　其不法行爲，僅客觀的不法，即可構成正當防禦乎？抑尙

須具備責任能力及故意過失之要件乎？解釋上不無疑問。然不具備主觀的要件者所爲權利侵害，亦無應忍受之理。故應解爲僅客觀的不法，即可構成正當防衛也。對於適法行爲，自不能成立正當防衛，固不待言。

刑法上之正當防禦，以急迫不正之侵害爲必要。而民法則不以急迫爲要件。然侵害不急迫時，尙得依公力救濟而糾正之。解釋上對於不急迫之侵害所爲之自助行爲，殊難構成正當防衛也。

（2）須爲防衛自己或第三人之權利　關於第三人之範圍及權利之種類，並無限制。則是否應權衡所防衛之利益，與因防衛使相對人所受之損害，雖不屬於正當防衛之要件。然於決定其是否有防衛之必要時，亦可以此點爲標準也。

防衛非報復或救濟過去之權利侵害。乃以防衛現在之權利侵害爲目的。故不法行爲已經完了之後，不能有防衛行爲也。但相對人將爲不法行爲時，或於着手不法行爲之後，尙有繼續之虞時，仍得爲防衛行爲也。

（3）須限於必要程度　若超過必要程度，則於超過之範圍，仍爲違法。自應負損害賠償之責（一四九條但書）。防衛至若何程度？方可視爲必要，須以防衛當時之情況及一般社會觀念以決定之。如反擊行爲，若一般觀念上認爲不適當時，不能認爲正當防衛也。

如防止奪取果實，而擊斃奪取人。在一般觀念上，不能認爲適當是也。如超過必要程度

，已非正當防衛，而為侵權行為。則於其程度，應負損害賠償之責者，尤屬當然也。

正當防禦，不僅對於為侵權行為人所加之損害，不負賠償之責。至為防禦之必要，對第三人所加之損害，亦不負賠償之責。此時受損害之第三人，對於為侵權行為人，（即對於正當防衛者為侵權行為者）自得請求損害賠償。如乙為防衛甲之侵權行為，破壞丙之物品時。丙對於甲有損害賠償請求權是也。又防衛者為防衛行為之後，尚不免發生損害時，亦得請求賠償。但使侵權行為者負擔上述之責任時，則侵權行為者，自應具備侵權行為之主觀的要件也。

二、緊急避難　因避免自已或他人之生命身體自由或財產上急迫之危險所為之行為，不負損害賠償之責。但以避免危險所必要，並未逾越危險所能致之損害程度者為限（一一五〇條）。

緊急避難行為(Notstand)之成立，須以避免自已或他人生命身體自由或財產上急迫之危險為條件。其危險之發生，不問其由於天災，或由於偶然之事實，或由於他人之行為，均可為緊急避難。若由於他人之行為時，而該行為，亦不必為違法行為，方能為緊急避難。此與正當防衛不同之點也。如由緊急避難行為，更生緊急避難行為。或因受他人違法之侵害，而對於第三人為緊急避難行為是也。然對於法律所要求之必要行為，自不得為緊急避難。

緊急避難，須對於現在或急迫之危險。若危險不急迫或已過去時，自不能為緊急避難之

原因。

加害行爲須爲避免危險所必要，並未逾越危險所能致之損害程度爲限（一五〇條但書）。換言之。由其避免危險之必要所生之損害，須不超過由其危險所發生之損害程度。若其危險之發生，行爲人有責任時，則應負損害賠償之債（一五〇條二項）。

因緊急避難而不成立不法行爲者，因本人無冒險之義務之行爲，仍爲違法。如船長於有急迫之危險，負擔一定行爲之業務上義務時，則爲違反其義務故也。若本人於危險發生時，負非盡保護人命，船舶及載貨之必要手段，且使乘客船員離船之後，不能離開其所指揮之船舶。若違反時，縱令該時於自己之生命有莫大危險。亦不能援引緊急避難之例，而免除其違反義務之責任也。又醫生看護婦，不能以有傳染之虞爲理由，而遺棄病人是也。

人在緊急狀態中，應默視自己或他人之法益被人侵害乎？抑應犧牲第三人之法益而救濟自己或他人之法益乎？何去何從。緊急避難人自得以自己之意思決定之。由心理上觀察之，自不能謂爲無意思之自由，或選擇之自由。然由普通人情觀察之。能犧牲自己之法益，而尊重他人之法益者，寧屬非凡之舉。非一般庸俗所能爲。故在若求不喪失自己之生命身體，則不能不加害於他人之緊急狀態中所爲之行爲，普通皆謂爲非由於自由意思所爲之行爲。或因不可抗力所爲之行爲。即無責任之行爲也。此種觀念，亦不足採。蓋權利之保護，乃正義之要求。而法律禁止一般復仇的私力救濟者，乃爲維持社會之秩序講。則對於避危難之私力救

濟，自無禁止之必要。然一面尙須犧牲他人之權利。故法律亦非積極的保護此私力救濟。不過於不超過損害之範圍內，採放任主義而已。此緊急避難之所以不爲違法行爲也。

三、權利之保護　法律於正當防衛緊急避難之外，爲保護自己之權利，對於他人之自由或財產，施以拘束押收或毀損者，不負損害賠償之責。但以不及受官署援助，並非於其時爲之，則請求之不得實行，或其實行顯有困難者，爲限（一五一條）。若爲保護自己之權利拘束他人之自由或押收他人之財產者，須即時向官署聲請援助。若其聲請被駁回，或其聲請遲延者，行爲人應負損害賠償之責（一五二條）。

勘誤表

頁	行	字	增減	誤	正
二	一七	一八		在	任
	一五	二六		待	特
八	一一	一七		法	治
一六	四	一四		[illegible]	[illegible]
二五	八	二六	[illegible]		
二八	一四	一一		[illegible]	[illegible]
三一	一二	六		別	制
		一一		別	制
	一三	六		別	制
	一三	二五	[illegible]		
	一五	二六		別	制
三五	九	一〇		比	此
三八	六	一七	述		

頁	行	字	增減	誤	正
	一三	一八		土	士
四〇	一一	一二		元	完
四四	八	三		劃	思
	八	九		準	律
四六	七	三二		法	決
	八	三二		法	乃
	一三	二〇		按	接
五四	一〇	一三	[illegible]		
		二一		[illegible]	[illegible]
七八	一五	二六		[illegible]	[illegible]
八〇	一四	二三		於	衛
八三	一	一二		亦	其

八八	八	三四		許	處
九〇	一二	一五	之		
九三	一一	二四		賞	限
九六	七	一八		異	益
一〇九	一二	二		於	家
一一六	一五	三四		機	雖
一一八	一	五		。	。
	二	三五		在	人
一二〇	八	五		觀	體
一二五	一	一二三		助	前
一二七	一七	一〇		利	體
一三一	三	一九		川	圖
一三四	三	四		章程	無效
一三九	一〇	一四		開	間

一五六	三	三四	之		
一五九	三	三六		目	章
一六〇	八	二〇	法		
一六一	九	三三		照	清
一六五	五	一	理		
一六六	四	一		所	我
一七三	一三	三		更	使
一七六	四	一一	在		
一八五	一〇	一		望	樂
一八七	一二	一九		發	爲
一八九	六	一三	衛		
一九一	八	一四		有	不
	弘	尤		形	無
一九七	一一	二四		探	採

頁	行	字	
	二	一	
二一〇	三	二一	
二二二	九	一〇	默
二二三	一三	八	
二二五	五	三二	
二二七	二	二	
	一	五	
二二八	一五	六	
	一五	八	
二三三	一	六	
二三四	一二	七	
二四七	四	二二	
	一四	一	
二四八	一六	一〇	

受 權

	頁	行	字		
[illegible]	二四九	一六	三一		表使
準律	二五三	五	二二		表謂
		九	七		記配
效爲	二五三	一六	一		時說
爲意	二五八	八	二五		倘尙
吾否		一〇	一八	相	
意爲		一二	二		遠違
	二五九	一六	八	表	
	二六〇	六	二		克免
思思	二六五	八	九	之	
意思內容	二六六	六	六		之以
迫時		一三	五	的	
脅迫意思		一三	二二		■。
脅迫意思		一三	三二		■■

二六八	一〇	一八			〇	受
二六九	三	四	當			
	一一	一一	時			
二七〇	一〇	三三			意	試
二七五	一〇	二七			固	因
二七八	一六	一〇	9.			
二八一	一四	二六			附	時
二八二	一二	二〇		如		
二八五	一四	三七			學者	或謂
		四〇		間		
二九四	一六	一			係	關
二九六	一六	一九			餘	須
三〇〇	四	六			係	關
三〇四	三	一八	任			

三一四	六	四二	法		
三一五	三	五		人	之
三一三	一一	二		任	坐
三三六	二	一一	爲		
三四〇	一六	一〇	減		
三四四	一二	五	法		
	一三	一〇	權		
三五三	九	七	即確定的		
三五七	一六	三	翌		
三六〇	三	三一	時		
	一三	六	月		
三六五	九	五	之		
	一二	二		確	理
三六七	五	四	以		
	一五	一三	權		